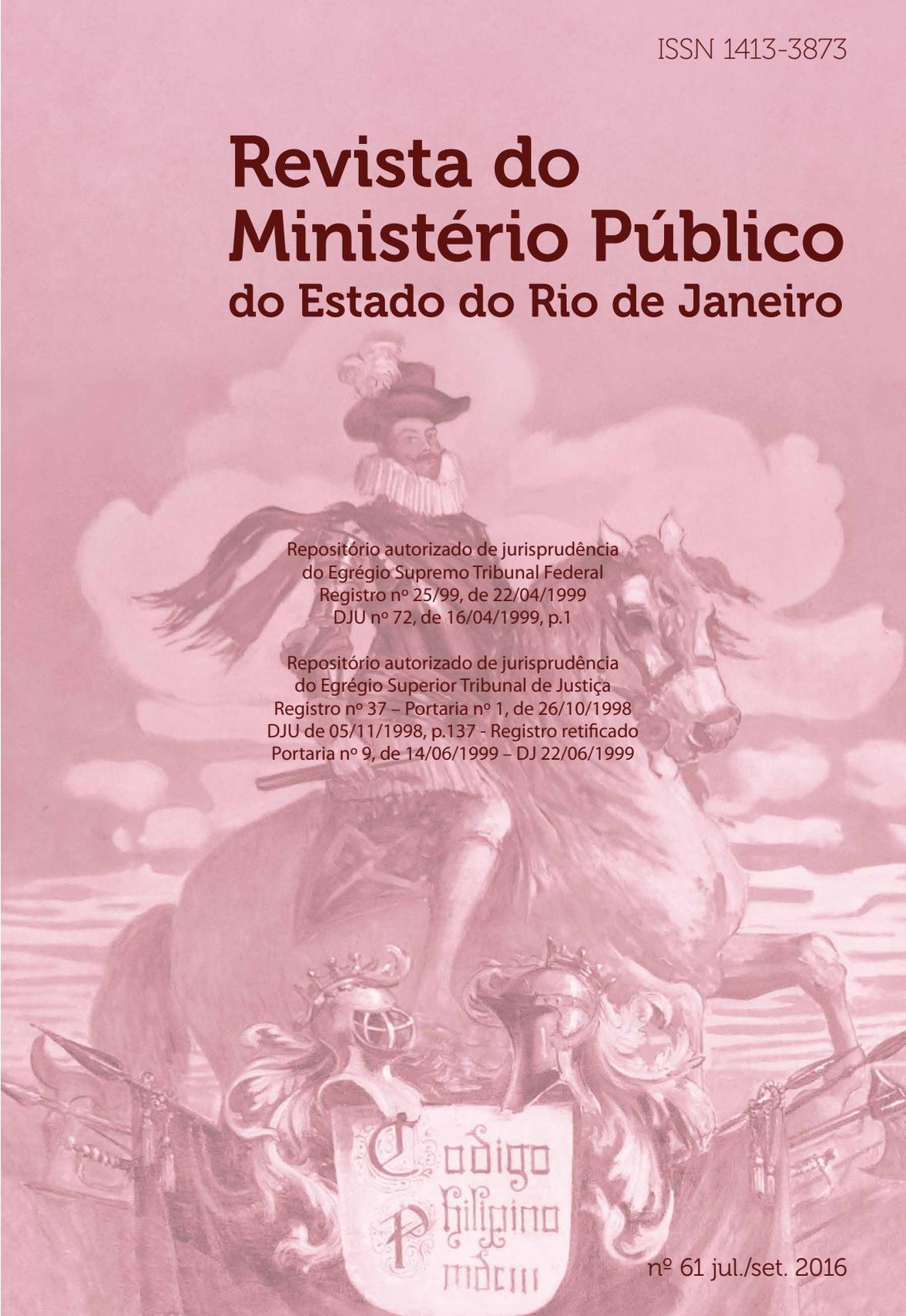


**Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

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



Codigo
Philigino
mdcciii

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Tiffany Fiks
Pesquisa

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

Rebeca Aismini
Diagramação

Cristina Siqueira
 Lorena Tavares
Revisão Ortográfica

André Lourenço
Carolina Ramos
Tatiana Lacerda
Estagiários

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 constantes 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, 61)

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

A edição 61 da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresenta aos leitores uma variedade de temas jurídicos que vão desde reflexões sobre moralidade pública à construção de mecanismos de atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa. São temas corriqueiros na atual conjuntura política do nosso País e que possibilitam uma discussão apurada acerca da construção da cidadania.

Discussões em torno do poder religioso no processo eleitoral, da relevância do inquérito civil para a tutela dos interesses transindividuais, da imunidade parlamentar material, das aproximações e distinções entre as diferentes espécies de processo coletivo, bem como dos aspectos relativos ao controle interno das atividades do Procurador-Geral de Justiça, são objeto de profícua análise na seção *Doutrina*. Nesta seção, ainda é possível conhecer modernas teses sobre a essência das normas que integram a constituição estadual e a definição da natureza jurídica da sistemática probatória. O protagonismo do Ministério Público na fiscalização dos atos de nomeação de parentes de autoridades políticas pela administração pública, as defesas do executado no novo Código de Processo Civil e, da lavra do Professor Jorge Miranda, um profícuo estudo sobre o meio ambiente na perspectiva da constituição, são alguns dos temas trazidos aos nossos leitores.

Em *Peças Processuais*, são reproduzidos pareceres exarados por membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em temas de singular importância, como a guarda de menor envolvendo parente estrangeiro, o mandado de injunção coletivo por mora de poder legislativo municipal e a atuação processual do Ministério Público em matéria ambiental. Também possuem destacada relevância pareceres apresentados em arguições de inconstitucionalidade que tratam de temas como o pagamento de perícias pelo Ministério Público e a isenção do pagamento de taxa para revisão de prova de concurso público. No campo penal, temos um embargo de declaração dispondo sobre a negativa de vigência dos artigos 67 e 112 da Lei de Execução Penal. O novo CPC também é tema da seção *Observatório Jurídico*, que traz, ainda, um interessante ensaio sobre os casos de corrupção no País.

Lei municipal pode proibir a queima de palha? Como são regulados os direitos autorais sobre reprodução de música em atividade pedagógica? É ilegal a não apresentação de defensor constituído em alegações finais, em razão de não intimação do réu, com a nomeação de dativo para apresentação de defesa escrita? Essas são algumas das temáticas selecionadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que são apresentadas aos leitores na seção *Jurisprudência*.

Na Jurisprudência Internacional, é apresentado o caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile, sem dúvida um paradigma fundamental na proteção interamericana dos direitos de jovens privados de liberdade.

Aos nossos leitores, um agradável momento de reflexão, aos nossos autores, um muito obrigado pelo empenho e brilhantismo.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

O Controle do Poder Religioso no Processo Eleitoral, à Luz dos Princípios Constitucionais Vigentes, como Garantia do Estado Democrático de Direito <i>Amilton Augusto Kufa</i>	17
Inquérito Civil: entre Avanços e Retrocessos – Análise Crítica do PLS 233/2015 <i>Cláudio Smirne Diniz</i> <i>Eduardo Cambi</i> <i>Mauro Sérgio Rocha</i>	39
Críticas ao Caráter Absoluto da Imunidade Parlamentar Material Brasileira <i>Eliseu Antônio da Silva Belo</i>	61
Aspectos Afetos ao Controle Interno das Atividades do Procurador-Geral de Justiça <i>Emerson Garcia</i>	83
Embargos à Execução <i>Fabício Rocha Bastos</i>	97
Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Hermes Zaneti Jr.</i>	129
O Meio Ambiente e a Constituição <i>Jorge Miranda</i>	137
As Normas de Reprodução, Imitação e Remissão como Parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das Leis Orgânicas Municipais <i>Paulo Modesto</i>	151
Notas sobre o Artigo 1.072, II, do Novo CPC: a Revoção de Regras sobre Provas do Código Civil <i>Robson Renault Godinho</i>	163
A Vedação da Prática do Nepotismo e a Atuação do Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa <i>Tâmera Padoin Marques Marin</i>	175

Observatório Jurídico

Quem São os Golpistas? <i>Ives Gandra</i>	187
A “Desconsideração Inversa” e o Novo CPC <i>Jorge Lobo</i>	189

Peças Processuais

Pareceres

- Agravo de Instrumento contra decisão deferitória de guarda provisória de menor brasileiro, pelo prazo de 180 dias, à avó paterna e parentes de nacionalidade belga.
Adolfo Borges Filho **195**
- Mandado de Injunção Coletivo. Determinar a mora do Poder Legislativo Municipal de São Pedro da Aldeia quanto à edição de lei regulamentadora do Estudo de Impacto de Vizinhança.
Bruno Rinaldi Botelho **203**
- Arguição de Inconstitucionalidade. Art. 8º da Res. nº 03/2011, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça, que impõe ao MP o múnus processual de arcar com o pagamento das perícias por ele requeridas, sempre que atuar como órgão agente.
Emerson Garcia **213**
- Contrarrazões em Agravo de Instrumento. Visa manter decisão judicial que declarou suspensos os efeitos de reconhecimento do FUNBIO como OSCIP e que proibiu o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassar ao FUNBIO os recursos advindos de todos os empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol.
Fabrcício Rocha Bastos **217**
- Arguição de Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança. Isenção do pagamento de taxa para a revisão de prova de concurso. Reserva de Plenário para análise da inconstitucionalidade do art. 2º, I, b, item 2, e g, da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro.
Joana Fernandes Machado **235**
- Embargos de Declaração em Agravo na Execução Penal. Oposição com o objetivo de sanar vícios de obscuridade e omissão, a fim de que seja complementada a decisão colegiada. Negativa de vigência dos dispositivos legais dos arts. 67 e 112 da LEP, diante da ausência de manifestação expressa do órgão do MP que oficia junto ao juízo da VEP.
Nilo Augusto Francisco Suassuna **243**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

- Recurso Extraordinário 586.224 – SP. ADI estadual. Limites da competência municipal. Lei municipal que proíbe a queima de palha de cana-de-açúcar e o uso do fogo em atividades agrícolas. Lei municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do município de Paulínia. Reconhecida repercussão geral. Alegação de violação aos arts. 23, *caput* e p. u., nº 14, 192, §1º e 193, XX e XXI, da Constituição do Estado de São Paulo e arts. 23, VI e VII, 24, VI e 30, I e II da CRFB.
Sessão Plenária, 05/03/2015. **249**
- Arguição de descumprimento de preceito fundamental 388 – DF. Constitucional. Membros do MP. Vedação: art.128, §5º, II, d. Alegação de violação a uma regra constitucional, reputada amparada nos preceitos fundamentais da independência

dos poderes e da independência funcional do MP. Configuração de potencial lesão a preceito fundamental. Ação admissível.
Sessão Plenária, 09/03/2016. **295**

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus 126.866 – MG. Furto. Bens de pequeno valor. Condenação à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão. Registro de antecedentes criminais (homicídio). Ausência de vínculo entre as infrações. Não caracterização da reincidência específica. Aplicação do princípio da bagatela. Reconhecida a atipicidade da conduta. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem, ante a aplicação do princípio da insignificância.
Segunda Turma, 02/06/2015. **371**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.575.225 – SP (2012/0255566-9). Direito autoral. Cobrança. Ecad. Execução de músicas culturais e folclóricas em festa junina promovida por escola. Atividade de caráter pedagógico e de natureza integrativa.
Segunda Seção, 22/06/2016. **379**

Embargos de divergência em Resp nº 1.218.202 – MG (2011/0185236-1) (f). Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição quanto ao pedido condenatório. Prosseguimento da ação quanto ao pedido de reparação de danos. Possibilidade. Embargos rejeitados.
Primeira Seção, 22/08/2012. **405**

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 154.250 – SP (2009/0227091-0). Processo penal. Moeda falsa. Alegações finais. Não apresentação pelo defensor constituído. Ausência de intimação do réu para contratar outro advogado. Nomeação de dativo para dedução da defesa escrita. Ilegalidade. Não reconhecimento. Comportamento contraditório do réu. Quando da intimação da sentença condenatória, intimação do apenado para constituição de novo defensor. Silêncio. Nomeação da DPU. Alegação de nulidade. Expectativa de conduta contrária à já assumida. *Venire contra factum proprio*. Nulidade. Não reconhecimento. Dosimetria. Vício. Tema não enfrentado na origem. Cognição. Impossibilidade.
Sexta Turma, 20/09/2012 **415**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **429**

Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile – Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparações e Custas) **431**

Noticiário

Novos promotores de Justiça tomam posse **495**

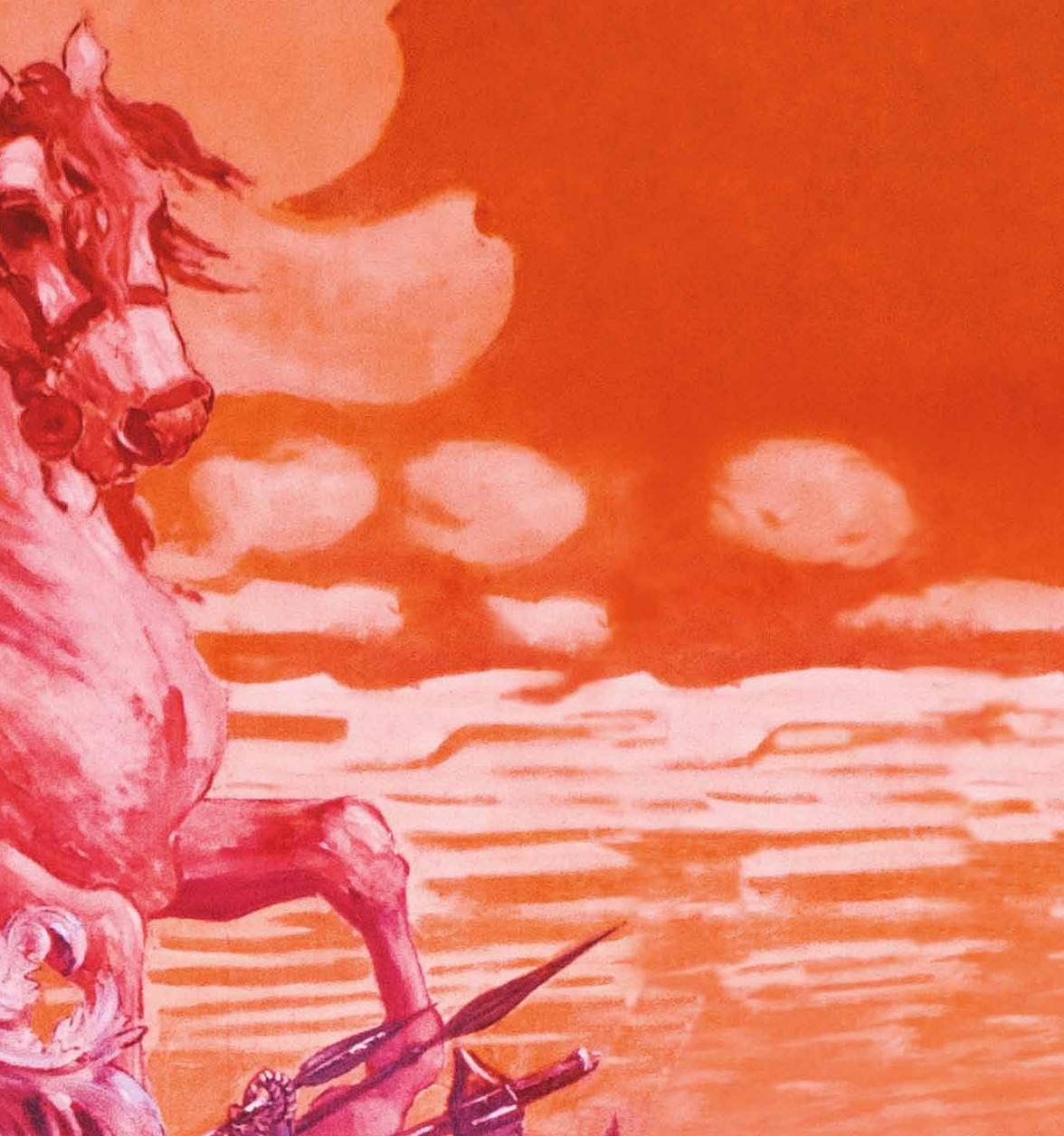
MPRJ lança aplicativo para *smartphones* e *tablets* com serviços para a população **497**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **499**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



O Controle do Poder Religioso no Processo Eleitoral, à Luz dos Princípios Constitucionais Vigentes, como Garantia do Estado Democrático de Direito

Amilton Augusto Kufa*

Mais uma eleição se aproxima, momento de extrema importância para nossa ainda jovem democracia, período em que nos questionamos qual o nosso real papel nesse processo político, oportunidade para fazermos uma profunda reflexão sobre os atos de cada partido, candidato e cidadão e o respeito de cada qual pela disputa eleitoral e pela moralidade pública.

A democracia se concretiza através da soberania popular que tem na capacidade eleitoral ativa do cidadão, ou seja, no poder do voto a sua expressão máxima, manifestado pelo direito de sufrágio universal, de modo direto e secreto¹, podendo ser conceituado como um direito público subjetivo, ou, ainda, como um dever sociopolítico, sendo de tamanha importância que sequer sua previsão constitucional poderá ser objeto de deliberação ou emenda tendente a aboli-lo, visto se tratar de cláusula pétreia, núcleo imutável de nossa Carta Magna.²

Quando se fala em dever sociopolítico, significa que, diante da obrigatoriedade imposta, o cidadão possui o ônus de manifestar sua vontade para a escolha dos seus governantes, sendo esse considerado apenas o dever de comparecimento às urnas, o dever de ir votar, em razão do direito à liberdade do voto, ou seja, tem o cidadão a liberdade de decidir por quem melhor entender, ou, ainda, por ninguém, anulando o voto ou votando em branco.³

No Brasil, o reconhecimento da soberania popular está expresso no parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁴

Assim, a soberania popular, em especial o voto, do modo como foi concebida em nossa Constituição, garante a lisura e normalidade do pleito, buscando legitimar o processo eleitoral, único meio capaz de garantir o efetivo respeito ao Estado

* Advogado atuante nas áreas do Direito Administrativo e Eleitoral. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho – Rio de Janeiro e em Direito Público pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – AMPERJ, em parceria com o Instituto Superior do Ministério Público – ISPM. Membro-fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADEP. Membro-fundador da Instituição Brasileira de Direito Público – IBDPub. Professor de cursos jurídicos, palestrante e autor de livros e artigos jurídicos

¹ BRASIL. CRFB/1988. Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]

² PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 167-168.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 242-243.

⁴ ÁVALO, Alexandre et al. *O Novo Direito Eleitoral Brasileiro: manual de Direito Eleitoral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

Democrático de Direito e aos fundamentos da República, podendo ser considerada uma importante ferramenta na busca incessante de seus objetivos fundamentais.⁵

Essa noção de soberania popular foi inicialmente tratada por *Rousseau* na sua obra “O Contrato Social”, em abril de 1762, partindo da premissa, no que refere à legitimidade do poder, que os homens, em um passado distante, viveram afastados da sociedade, rumo a uma associação ou contrato social que garantisse, simultaneamente, a igualdade e a liberdade.⁶

Nesse sentido, a lição de Prado Kelly, citado por Manoel Carlos de Almeida Neto, *in*: Direito Eleitoral Regulador:

Voto é liberdade, e esta se manifesta por ação ou omissão, desde que seja cumprido o dever de comparecimento aos colégios eleitorais. Ninguém forçará um homem livre a proclamar a dignidade ou as virtudes de dezenas de cidadãos inscritos, os únicos entre os quais se lhe permite distribuir os sinais de sua simpatia ou de seu apreço. A lei o obriga a votar, porque é um ônus de cidadania; mas não lhe impõe um candidato – porque ao Estado e a seus agentes não é dado violar as defesas da consciência e do mundo subjetivo.⁷

Tem-se, então, que da obrigatoriedade de votar decorre a liberdade de escolha como garantia constitucional do cidadão e defesa do Estado Democrático de Direito, devendo este, através da Justiça Eleitoral, assegurar que a opção eleitoral seja alcançada, pelo voto secreto, sem coações morais ou materiais sobre a formação da vontade do eleitor e que seu exercício se dê de forma plena, sem qualquer tipo de interferência.⁸

Essa é a lição do Ministro do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral e do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3592/DF: “Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*).”

Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem uma outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.

O voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja uma mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. (...)

⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 167-168.

⁶ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

⁷ KELLY, José Eduardo Prado. *Estudos de ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1, p. 255 *apud* ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Op. cit.*, p. 23.

⁸ REIS, Márlon. *Direito eleitoral brasileiro*. Alumnus, 2012, p. 78-79.

O voto secreto é inseparável da ideia do voto livre.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter secreto do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.

(...)

Ressalte-se que o caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral. Com base no direito alemão, Pieroth e Schlink falam de uma eficácia desse direito não só em relação ao Poder Público, mas também em relação a entes privados (*Drittwirkung*) (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 2005 p.277).

Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.⁹

No mesmo sentido, a lição do Ex-Ministro Joaquim Barbosa, no Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do AgRg no REsp nº 29662, para quem:

O direito de liberdade se manifesta sob diversas faces e prismas e uma delas é a liberdade de manifestação de ideias, de pensamento e de expressão, nos termos do *caput* e incisos IV e IX do art. 5º, bem como o art. 220 da CF/1988. Daí decorre, dentre outros dispositivos associados à proteção da democracia, o direito de cada um votar livre, ou seja, livre de influências econômicas, políticas, morais ou de qualquer tipo (art. 14, § 9º da CF/1988). Para a incolumidade da democracia é essencial que o voto seja secreto, e, nada obstante o dever (obrigatoriedade) de comparecer às urnas, esta escolha deve ser absolutamente livre. Não sendo livre, não há democracia.

Por ser uma base fundamental, um alicerce da existência da democracia, o sufrágio popular deve ser exercido livremente, para que a escolha reflita a real

⁹ BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3592/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26.10.2006. DJ de 02.02.2007.

intenção do eleitor, com absoluto respeito à sua liberdade, à sua dignidade e aos direitos políticos mantidos constitucionalmente.¹⁰

Seguindo o mesmo pensamento, para Adilson de Abreu Dallari “o ideal é que as eleições proporcionem iguais oportunidades de sucesso a todos os postulantes de maneira que vença aquele que efetivamente merecer a preferência do corpo eleitoral, manifestada de maneira livre, sem qualquer forma de vício de vontade.”¹¹

Dessa forma, como decorrência desta dita cidadania, a democracia pode ser conceituada como governo em que o povo exerce, de fato e de direito, a soberania popular, dignificando uma sociedade livre, onde o fator que pode prosperar é, tão somente, da influência popular sobre o seu governo, e não o contrário.¹² Em suma, o princípio democrático, por si só, exprime como fundamental a exigência da integral participação de todos e de cada qual na vida política do País.¹³

E é justamente sobre essa garantia da soberania popular e da democracia, em face do desrespeito ao processo eleitoral que iremos tratar, em especial no que concerne aos abusos praticados sob o pretexto de uma suposta liberdade religiosa, o que denotaria uma falsa noção de legalidade das condutas tendentes a influenciar a vontade do eleitorado.

Como se sabe, desde o advento da República, com a promulgação do Decreto nº119- A, de 1890, há uma expressa separação entre Estado e Igreja, sendo o Estado brasileiro laico ou não confessional, previsão que persiste na atual Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 19, inciso I, que proíbe expressamente que União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabeleçam cultos religiosos ou igrejas, forneçam auxílio financeiro, dificultem ou impeçam o funcionamento ou, ainda, mantenham com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, com exceção apenas de colaboração de interesse público, na forma da lei, não fazendo qualquer menção expressa, no entanto, a questão eleitoral.¹⁴

No entendimento de Caramuru Afonso Francisco, a proibição da relação entre Estado e Igreja está implícita no texto constitucional, para quem a proximidade de qualquer religião com o processo eleitoral, levaria, no mínimo, a uma relação de dependência ou aliança, o que, como dito, é vedado pelo artigo 19, da Constituição, *in verbis*: “Não pode haver, diz a Constituição, qualquer relação de dependência ou de aliança entre o Poder Público, o Estado e igrejas ou cultos religiosos, inclusive com seus representantes.”

¹⁰ BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AgRg-Respe 29662, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 16.12.2008.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Direito eleitoral. Editora Del Rey, p. 239-240 *apud* FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Dos abusos nas eleições*: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 77.

¹² RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 28-29.

¹³ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais*: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 22 *apud* MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴ BRASIL. CRFB/1988. Art. 19 É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...].

Ora, evidente que, em havendo contribuição de tais entidades para as campanhas eleitorais de partidos e de candidatos, criar-se-á a relação de dependência e de aliança, que é tanto mais evidente quanto há engajamento das entidades na publicidade e na propaganda do candidato ou partido.

Claro está que as igrejas e os cultos religiosos não podem, de forma alguma, enquanto tais, participarem do processo eleitoral, pois isto representa a existência de uma relação de dependência ou, quando menos, de aliança entre eles e/ou seus representantes com determinado partido ou candidato, o que é expressamente proibido pelo art. 19 da Constituição da República.¹⁵

Na contramão desse entendimento, ainda que se afirme não haver na Constituição uma proibição expressa à intervenção das entidades religiosas na política, pode-se afirmar que a legislação eleitoral, embora por outros meios, cuidou do tema ao tratar, na Lei nº 9.504/1997, dos casos de condutas vedadas, em específico no inciso VIII¹⁶, do artigo 24, que proíbe que entidades beneficentes e religiosas realizem doação para candidatos ou partidos, seja de forma direta ou indiretamente, em dinheiro ou estimável, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, e no *caput* e § 4^o¹⁷, do artigo 37, que considera os templos religiosos como bens de uso comum do povo, proibindo-se, portanto, a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, standartes, faixas e assemelhados.¹⁸

Cabe destacar, porém, que a previsão constante do inciso VIII, do artigo 24, da Lei nº 9.504/1997 perdeu o sentido, podendo ser considerada como tacitamente revogada após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 4650¹⁹, que declarou inconstitucional em parte o previsto nos artigos 81²⁰ da Lei nº 9.504/1997 e 39²¹ da Lei nº 9.096/1995, proibindo a doação de pessoas jurídicas para partidos políticos e campanhas eleitorais.

¹⁵ FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Dos abusos nas eleições*: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 46-47.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Art. 24 É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: [...] VIII – entidades beneficentes ou religiosas.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Art. 37 Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, standartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados.

[...]

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada. [g.n.]

¹⁸ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. *Abuso do poder religioso*: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. Academia. Disponível em: <https://www.academia.edu/12805119/_ABUSO_DO_PODER_RELIGIOSO_A_INFLUENCIA_DA_RELIGIAO_EVANGELICA_NO_PROCESSO_EIITORAL_BRASILEIRO>. Acesso em: 30 jan.2016, p. 91.

¹⁹ BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 4650/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 16 e 17/09/2015. (Informativo nº 799).

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Art. 81 As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

²¹ Lei nº 9.096/1995. Art. 39 Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

Para Caramuru Afonso Francisco, além das vedações acima referidas, a legislação eleitoral traz outra vedação, constante do artigo 242²², do Código Eleitoral, que veda atos que se baseiem em elementos de propaganda que criem estados mentais, emocionais ou passionais artificialmente estabelecidos, o que para o autor se enquadra nitidamente no tema em questão, uma vez que uma campanha eleitoral efetuada em meio a cultos ou liturgias carrega consigo toda uma carga de manipulação mental ou emocional, pois a experiência religiosa, por definição, engloba elementos de sobrenaturalidade, o que foge à normalidade do cotidiano social e político.²³

Diversamente do que ocorre em nosso país, nos Estados Unidos, por exemplo, há expressa previsão na seção 501 do Código da Receita Federal, de que as organizações religiosas estão proibidas de participar ou intervir, direta ou indiretamente, em uma campanha política, em nome ou em oposição a qualquer candidato a cargo público eletivo. Tal proibição é tida como uma das condições para a manutenção do *status* de beneficiário de isenção fiscal, razão pela qual há quem entenda não se tratar exatamente de uma proibição, mas de uma opção, ou seja, a organização religiosa poderá optar por receber isenção fiscal ou, abrindo mão desta, participar da atividade política.²⁴

No Brasil, mesmo seguindo o entendimento de que há previsões legais e constitucionais no ordenamento, que podem ser interpretadas como a expressa proibição da interferência da religião na campanha eleitoral (que não deve ser visto como proibição de que religiosos sejam candidatos), vemos em todas as eleições grandes eventos realizados dentro de igrejas e templos, dirigidos por líderes religiosos, em prol de suas próprias candidaturas ou de terceiros ligados àquela determinada congregação, o que tem suscitado da doutrina e da jurisprudência questionamentos sobre o poder de tais atos frente aos preceitos constitucionais que visam resguardar a lisura e a igualdade de condições na disputa pelo mandato eletivo.

Ocorre que, embora existentes tais vedações, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional, não há uma previsão expressa de punição para a extrapolação e o desvirtuamento do direito ao livre exercício religioso, como medida a coibir tais práticas, tendo, tão somente, a Constituição Federal, no § 9^o²⁵, do artigo 14, definido como práticas abusivas eleitorais o abuso do poder político (ou de autoridade) e o abuso do poder econômico.

²² BRASIL. Lei nº 4.737/1965. Art. 242 A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

²³ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Op. cit.*, p. 49.

²⁴ *Pew Research Center – Religion & Public Life. Preaching Politics From the Pulpit. Religion & Politics 2012.* <<http://www.pewforum.org/2012/10/02/preaching-politics-from-the-pulpit-2012/>> [tradução nossa]

²⁵ BRASIL. CRFB/1988. Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9^o Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Verifica-se que, a algumas pessoas são conferidos determinados poderes jurídicos, que podem ser ou não exercitados, tratando-se de mera faculdade do indivíduo, a acarretar reflexos em sua esfera jurídica. Essa é a regra geral. Decorre disso que o uso do poder então concedido, nada tem de ilícito, representando uma prerrogativa especial, sendo, portanto, considerado como a utilização normal de uma prerrogativa que a lei ou os costumes lhes confere.²⁶

Nas lições de José Jairo Gomes, o poder pode ser considerado “o domínio e o controle das situações, recursos ou meios que possibilitem a concretização ou a transformação de algo. Revela-se na força, na robustez, no império, na potencialidade de se realizar algo no mundo”.²⁷

Em contraposição ao uso do poder temos o seu abuso, espécie do gênero ilegalidade²⁸, que, embora não havendo conceito definido em nosso ordenamento, pode ser entendido como o desvio de finalidade da imposição legal, ou seja, abusa do poder aquele que extrapola o direito que possui, visando interesses outros dos previstos na lei.

Essa noção de abuso de poder decorre do abuso de direito, trazido pelo direito privado, que pode ser compreendido como o “mau uso”, a “exorbitância”, o “excesso”, o “desvio”, etc., que ocorre sempre que se ultrapassa o padrão normal de comportamento, estipulado na legislação.²⁹

Com o mesmo entendimento, Frederico Alvim: “Inexiste, em nosso ordenamento, um conceito jurídico-legal a respeito do abuso do poder nas eleições. Constituição Federal e legislação esparsa ocupam-se do instituto, entretanto sem conceitua-lo.”

A proximidade entre direito e poder autoriza que a doutrina especializada associe o abuso de poder na seara eleitoral com a teoria do abuso de direito, elaborada na esfera privada.

A prática abusiva pode advir do exagero no uso de prerrogativas que, em medida razoável, são permitidas (como o uso do dinheiro e o manejo da mídia), ou então de práticas que, mesmo em monta discreta, tendem a ser inadmitidas (como o uso da máquina administrativa).³⁰

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta (...) despida de sua finalidade, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade...”.³¹

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

²⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 510 *apud* FARIA, Fernando de Castro. *Perda de Mandato Eletivo: Decisão judicial e soberania popular*. Florianópolis: Conceito Editoriais, 2012, p. 92.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 48.

²⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. p. 210 *apud* FARIA, Fernando de Castro. *Op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰ ALVIM, Frederico Franco. *Manual de direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 410.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, *Loc. cit.*

Cumpra-se destacar haver entendimento diverso, no sentido de que nem todo abuso de poder constitui-se em ilegalidade, entendendo essa como sinônimo de ilicitude. Nesse sentido, precedente do próprio Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, da lavra do Ministro Marcelo Henriques Ribeiro, para quem:

A configuração do abuso não pressupõe, necessariamente, a ilicitude dos atos, como alegado pelos agravantes, sendo possível que uma conduta permitida legalmente possa ser considerada abusiva, caso praticada com excesso ou desproporcionalidade de meios, acarretando o desequilíbrio entre os candidatos, com potencial influência na legitimidade do pleito.³²

Com o devido respeito pelo entendimento do eminente Ministro, o qual sempre iluminou a doutrina e jurisprudência, adotamos posição divergente, expressada pela doutrina majoritária, em especial pelos professores Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, pelo simples fato de que o abuso de poder configura-se, por si só, um desrespeito aos preceitos contidos na legislação, razão pela qual, não há como se entender pela sua licitude, ainda que o ato viciado tenha nascido de um ato lícito, autorizado por lei e legítimo, o fato é que o excesso ou desvio desse poder leva, necessariamente, a sua ilicitude, uma vez que “todo abuso de poder é realmente uma afronta ao princípio da legalidade”.³³

Nesse sentido, a doutrina de Fernando Galvão, para quem “possuindo a qualidade de ser contrário ao Direito, a ilicitude refere-se ao ordenamento jurídico em sua integridade”.³⁴

Com o mesmo entendimento, Sérgio Cavalieri Filho, para quem: “A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita, ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. (...) E assim é porque o legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir. (...)”

A contrariedade a direito é condição objetiva que se configura por ter sido violada a ordem jurídica.³⁵

E, continua o Desembargador fluminense, ao afirmar que “o ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo.”³⁶

³² BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 101804. Relator Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. 16 jun. 2010. DJe. p. 83/84. 05 ago. 2010 *apud* FÁRIA, Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 95.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, *loc. cit.*

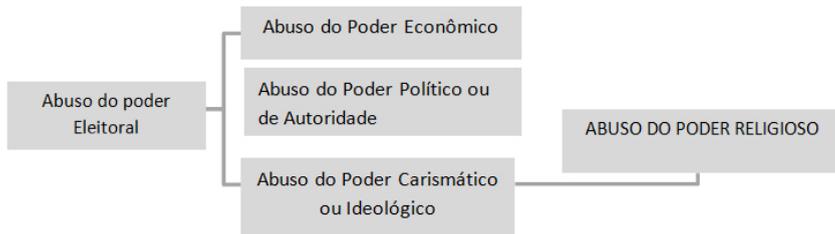
³⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 353.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

³⁶ *Ibidem*. p. 12.

Portanto, toda conduta humana violadora de um preceito legal ou constitucional, por consequência, é um ato ilícito, com exceção dos casos de justificação, a saber: exercício regular de um direito, legítima defesa ou estado de necessidade³⁷, o que não ocorre no caso em análise, razão pela qual podemos afirmar com veemência que todo abuso de direito/poder é um ato ilícito, contrário ao ordenamento e passível de repressão.

Dessa forma, entendemos que o abuso de poder eleitoral é sinônimo de ilícito eleitoral, gênero do qual decorrem as espécies: a) abuso do poder econômico; b) abuso do poder político ou de autoridade; c) uso indevido de veículos ou meios de comunicação social e d) abuso do poder carismático ou ideológico, sendo que deste último decorre, entre outros, o abuso do poder religioso, objeto do presente estudo. Vejamos:



Os casos de abuso do poder econômico e abuso do poder político ou de autoridade, ambos previstos constitucionalmente no § 9º, do artigo 14, tratam de condutas tendentes a influenciar ilicitamente na vontade do eleitor, visando desequilibrar o pleito, praticadas pelo candidato beneficiado ou terceiro, tendo, no primeiro caso, como fato gerador, de um modo geral, o uso de recursos financeiros e, no segundo caso, o uso do poder estatal, entendido este como a influência exercida pelo agente público, no conceito genérico trazido pelo Código Penal³⁸ e pelo § 1º³⁹, do artigo 73, da Lei nº 9.504/1997.

³⁷ p. 19

³⁸ BRASIL. Código Penal. Art. 327 Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

³⁹ BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Art. 73 [...]

§1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

O uso indevido dos veículos ou meios de comunicação social, também conhecido como abuso do poder nos meios de comunicação ou abuso do poder de mídia, embora não tenha previsão constitucional, retira desta sua validade, em especial da previsão constante do citado § 9º, do artigo 14, o qual determina que “lei complementar poderá prever outros casos de inelegibilidades”, vindo, este, então, definido no artigo 22, *caput*⁴⁰, da Lei Complementar nº 64/1990, conceituando-se na extrapolação do uso dos veículos de imprensa no intuito de promover a candidatura de modo desproporcional que permita desequilibrar ou comprometer a legitimidade do processo eleitoral.⁴¹

Por sua vez, o poder ideológico, de onde se origina o abuso, na precisa lição de João Antônio da Silva Filho, entendido, no presente estudo, como sinônimo de poder carismático, gêneros do qual decorre o abuso do poder religioso:

É o uso da autoridade daquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de condutas, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação. Deste tipo de condicionamento deriva a importância social daqueles que sabem, sejam eles os sacerdotes nas sociedades tradicionais, ou os literatos, os cientistas, os técnicos, os assim chamados “intelectuais”, nas sociedades secularizadas, porque através dos conhecimentos por eles difundidos ou dos valores por eles afirmados e inculcados realiza-se o processo de socialização do qual todo grupo social necessita para poder estar junto.⁴²

Assim, temos no carisma uma relação de dominação, submetendo-se os cidadãos à autoridade contínua e legitimamente reivindicada por aqueles que possuem a autoridade religiosa. Trata-se de uma autoridade baseada no carisma pessoal, na devoção e na confiança que as pessoas depositam em alguém que tem a tarefa de guiá-los, não por força da lei ou do costume, mas da crença e da fé, em suma, trata-se de uma dominação puramente pessoal em razão da pessoa e de suas qualidades.⁴³

Decorre, então, que o abuso do poder religioso, tema no qual iremos nos ater, pode ser considerado como o desvirtuamento das práticas e crenças religiosas, visando

⁴⁰ BRASIL. LC nº 64/1990. Art. 22 Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político [...]

⁴¹ ALVIM, Frederico Franco. *Op. cit.*, p. 420.

⁴² SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 72.

⁴³ WEBER, Max. *Escritos políticos* [tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa]. Coleção Folha. *Grandes nomes do pensamento*. vol. 19. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015, p. 317-318.

influenciar ilicitamente a vontade dos fiéis para a obtenção do voto, para a própria autoridade religiosa ou terceiro, seja através da pregação direta, da distribuição de propaganda eleitoral, ou, ainda, outro meio qualquer de intimidação carismática ou ideológica, casos que extrapolam os atos considerados como de condutas vedadas, previstos no art. 37, § 4º, da Lei nº 9.504/1997.

O abuso religioso, nesse contexto, refere-se à manipulação psicológica e os danos causados pelo desvirtuamento dos ensinamentos ou doutrinas da religião, perpetrada por membros da mesma fé, que se consagram da posição de superioridade e autoridade que possuem sobre as pessoas geralmente mais vulneráveis emocionalmente, atos estes que podem variar intencionalmente tanto para o bem quanto para o mal.

Dessa forma, toda vez que amparado na fé e na crença das pessoas, a autoridade se utiliza de seu “privilegio religioso”⁴⁴ sobre as pessoas que a seguem e confiam, com o intuito de se beneficiar politicamente para obter ilicitamente o voto considerada a gravidade das circunstâncias da conduta⁴⁵, desvirtua-se o direito constitucional à liberdade religiosa, configurando, assim, o ilícito eleitoral que se pode denominar de abuso do poder religioso.

Para Rafael Martinez, numa análise bem crítica, o abuso religioso: “É o trauma psicológico e emocional interno sofrido pelos membros das comunidades autoritárias de fé, cujos líderes enganosamente usam ensinamentos e práticas de manipulação para controlar de forma abusiva o seu pensamento e comportamento, não importando o custo pessoal, e se o abuso é intencional ou não.”⁴⁶

Com a mesma visão, Henri Nouwen afirma que o abuso do poder religioso já trouxe ao mundo graves consequências, ainda mais quando pensamos nas Cruzadas, nos *pogroms*, nas políticas de *Apartheid*, além da longa história de guerras religiosas que perduram até os dias atuais. Para o autor “nestes dias de grande incerteza econômica e política, uma das grandes tentações é usar nossa fé como uma forma de exercer poder sobre os outros e, assim, substituir os mandamentos de Deus como comandos humanos”.⁴⁷

Ainda que em menor intensidade, é isso o que temos visto nas campanhas eleitorais, a tentação pelo uso da fé como forma de exercer influência sobre as pessoas, utilizando-se do poder conferido pelo carisma, no sentido de alcançar intentos políticos, desequilibrando a disputa eleitoral e garantindo, muitas das vezes, a vitória nas urnas, em grave ofensa ao princípio da lisura e da isonomia.

⁴⁴ ALTERNET. *How Corrupt Catholics and Evangelicals Abuse Religious Freedom*. Disponível em: <http://www.alternet.org/story/156033/how_corrupt_catholics_and_evangelicals_abuse_religious_freedom>. Acesso em: 29 jan.2016. [tradução nossa]

⁴⁵ BRASIL. LC 64/1990. Art. 22 [...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

⁴⁶ MARTINEZ, Rafael. *THE SPIRIT WATCH. The lies That Blind: What religious abuse is*. Disponível em: <<http://www.spiritwatch.org/relabdef.htm>>. Acesso em: 31 jan.2016. Tradução nossa. [tradução nossa]

⁴⁷ NOUWEN, Henri JM. *Finding My Way Home. Abuse of religious power*. Disponível em: <http://www.jameslau88.com/abuse_of_religious_power.html>. Acesso em: 20 jan. 2016. Tradução nossa. [tradução nossa]

Para a magistrada Mirla Regina da Silva Cutrim, “o poder religioso é uma novidade das mais recentes eleições, não só porque passa por cima das leis humanas e das leis de Deus, mas devido aos meios e artifícios utilizados pelas lideranças políticas, tudo com o indigesto aval das lideranças religiosas”.⁴⁸

E os abusos vão desde o registro de candidatura até o dia das eleições, configurados por inúmeros atos, entre eles: registro de números de candidaturas que possuam identificação com números bíblicos; criação de células dentro do seio da entidade religiosa com o intuito de arregimentar os discípulos como cabos eleitorais; pedidos de votos na porta das igrejas e até mesmo apelos mais enfáticos e impositivos vindos do altar, durante os cultos de celebração, tudo amparado na crença e, por vezes, na ignorância e inocência dos fiéis seguidores.⁴⁹

Tais condutas não têm sido vistas com bons olhos pela Justiça Eleitoral e o exemplo disso são as condenações prolatadas⁵⁰⁵¹, fundamentadas em um suposto “abuso do poder religioso”, porém não de forma autônoma, mas sim amparado, ora no abuso do poder econômico, ora no abuso do uso dos meios de comunicação social, a pretexto de não existir, no ordenamento pátrio, previsão expressa de punição para o ato específico que configure, de forma autônoma, o referido instituto.

E assim a jurisprudência dos Tribunais Regionais Eleitorais segue no sentido de que, embora o “abuso do poder de autoridade religiosa” ou “abuso do poder religioso”, deva ser coibido pela Justiça Eleitoral, casos em que haja o uso de toda estrutura de um grande evento religioso colocada à disposição de candidatos, o que levaria a conclusão da demonstração clara do desvirtuamento de eventos religiosos em eleitorais, redundando na quebra dos princípios da isonomia, do equilíbrio do pleito, bem como da liberdade de escolha de voto pelos eleitores, tais condutas configurariam, no entanto, abuso do poder econômico, previsto nos arts. 19 e 22⁵², *caput*, da Lei Complementar nº 64/1990 e no art. 14, §10⁵³, da Constituição da República.⁵⁴

⁴⁸ CUTRIM, Mirla Regina da Silva. *Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?* ASMAC, 2010. Disponível em: <<http://www.asmac.com.br/noticia.php?noticia=740>>. Acesso em: 30 jan.2016.

⁴⁹ CUTRIM, Mirla Regina da Silva. *Ibidem*.

⁵⁰ <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/08/27/justica-eleitoral-cassa-dois-deputados-em-mg-por-abuso-de-poder-religioso.htm>>. Acesso em: 28 jan.2016.

⁵¹ <<https://noticias.gospelprime.com.br/deputados-impd-cassados-abuso-religioso>>. Acesso em: 28 jan.2016.

⁵² BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Art. 19 As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais. [...]

Art. 22 Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]

⁵³ BRASIL. CRFB/1988. Art. 14 [...]

§ 10 O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

⁵⁴ TREMG. AIJE nº 5370-03.2014.613.0000. Relator Des. Paulo Cezar Dias. Relator designado Des. Maurício Pinto Ferreira. Julgado em: 27 ago. 2015. DJEMG de 24.09.2015.

Quase no mesmo sentido, porém entendendo o tema em estudo como de impossível aplicação, em razão da ausência de previsão legal, entendimento da Ministra Luciana Lóssio, do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento de pedido Liminar na Ação Cautelar nº 34.223⁵⁵, no sentido de se tratar de erro referida condenação, uma vez que não se pode lançar “mão de ilícito não previsto no ordenamento jurídico, ‘o abuso do poder religioso’”, ainda que, embora descrito dessa forma, fora apresentado “à Justiça Eleitoral na forma do abuso de poder econômico decorrente do assédio moral aos fiéis para a arregimentação de eleitores”.

Mas isso vem mudando e a jurisprudência está evoluindo, além de existirem decisões antigas que já vislumbravam o desvirtuamento dos propósitos religiosos, como verdadeiro caso de abuso eleitoral, suficiente a ensejar a reprimenda e a condenação dos envolvidos, como o que decidiu o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, no julgamento do Recurso Especial nº 49381, julgado em 17.6.2013, no sentido de que:

A prática vem se mostrando cada vez mais frequente na sociedade, levando alguns estudiosos a vislumbrar uma nova figura jurídica dentro do direito eleitoral: o abuso do poder religioso”, que, “apesar de não possuir regulamentação expressa, (...) merece a mesma reprimenda dada as demais categorias abusivas legalmente previstas.⁵⁶

Com base nessas divergências jurisprudenciais, acerca da aplicação ou não do instituto de forma autônoma, há quem alegue existir duas espécies de abuso: o “abuso de poder por meio da estrutura eclesial-religiosa” e “abuso do poder religioso”, considerando, o primeiro, como hipótese em que a igreja e a religião são usados como instrumentos para o cometimento de condutas abusivas eleitorais, configurando uma das espécies de abuso de poder previstos pela legislação e, o segundo, seria o caso em que a autoridade religiosa-eclesial, naturalmente, induziria os fiéis a um tipo de abuso de repercussão eleitoral, por conta do assédio moral, mediante pressão psicológica espiritualizada, induzindo-os a votar nesse ou naquele candidato, o que não encontraria respaldo legal na legislação eleitoral a ensejar qualquer condenação de forma autônoma.⁵⁷

Entendemos não haver qualquer importância prática para tal distinção, uma vez que, seja em um ou outro caso, não poderá ser considerada como lícita a conduta, em razão da ausência de previsão legal, principalmente se levar em conta a obrigatória separação entre Estado e religião, trazida pela própria Constituição, além da legislação eleitoral vedar a prática de campanhas eleitorais em templos e igrejas⁵⁸,

⁵⁵ BRASÍLIA. Tribunal Superior Eleitoral. Ac nº 134223. Relatora Ministra Luciana Lóssio. Julgado em: 16 nov.2012. Publicado em: 21 nov.2012.

⁵⁶ TRE - RJ. Recurso Especial nº 49381- Magé/RJ. Acórdão de 17.6.2013. Relator Des. Leonardo Pietro Antonelli. Publicado no DJE de 24.6.2013.

⁵⁷ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. *Op. cit.*, Acesso em: 30 jan.2016, p. 94.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Art. 37 Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público,

sem contar a grave ofensa à lisura da eleição e ao desequilíbrio na disputa, ocasião em que o fato de que possível condenação, quando não for o caso de aplicação das penas imputadas às condutas vedadas, dar-se-á sempre pelas penas que incidam nos casos de abusos de poder previstos na Constituição e na legislação eleitoral, como vem decidindo os Tribunais pátrios.

Nesse sentido, as lições de Caramuru Afonso Francisco, para quem: “A vedação decorre da própria estrutura de nosso regime político, que impôs o caráter laico ao nosso Estado e que impede que haja qualquer relacionamento entre ele e tais entidades, salvo no que for para colaboração de interesse público, o que, à evidência, não abarca a participação em campanhas eleitorais.”⁵⁹

E, conclui o autor, afirmando que:

A utilização de tais entidades para fins de publicidade de candidaturas ou de partidos políticos, seja pelo aproveitamento de espaços para fixação de cartazes ou distribuição de propaganda, para montagem de escritórios políticos ou comitês de propaganda, seja pelo aproveitamento de reuniões para divulgação de ideias e de plataformas, a utilização de sinais, símbolos, logotipos, são indisfarçáveis formas de contribuição para candidatos e partidos. [...]

Deve-se lembrar, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito instalado no Brasil é laico, havendo estrita separação entre Igreja e Estado, como nos dá conta o art. 5º, VI, da Constituição da República.⁶⁰

Fato é que, a conquista do mandato eletivo em desrespeito aos predicados da lisura e da legitimidade da eleição, em desvirtuamento à livre e inequívoca manifestação dos eleitores em favor de candidato apto a participar do pleito, importa, necessariamente, em grave violação dos requisitos previstos na Constituição Federal, como pressupostos

ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. [...]

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.

[...]

Art. 39 A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

[...]

§ 3º O funcionamento de alto-falantes ou amplificadores de som, ressalvada a hipótese contemplada no parágrafo seguinte, somente é permitido entre as oito e as vinte e duas horas, sendo vedados a instalação e o uso daqueles equipamentos em distância inferior a duzentos metros:

[...]

III – das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros, quando em funcionamento.

⁵⁹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 45.

do exercício da soberania popular, na medida em que todo o poder emana do povo, nos termos por ela estabelecidos (artigo 1º, parágrafo único⁶¹, da CRFB/1988).⁶²

Assim, o distanciamento que se impõe entre o Estado e a religião, traz em si, como vedação, ainda que de forma implícita, de toda e qualquer atitude ou gesto que provenha do culto religioso ou da igreja em prol de um candidato ou partido, não se referindo apenas a questão do financiamento, mas também no uso dos templos e igrejas para a realização de verdadeiros comícios, casos em que há a exposição de candidatos que ocupam cargos na hierarquia da igreja⁶³, ou estes em nome daqueles, exercendo verdadeiro abuso psicológico e assédio moral sobre os fiéis, sob o falso manto de se estar agindo em nome de Deus.

Cumprido destacar, por óbvio, que o abuso psicológico e o assédio moral não são inerentes à religião, e nem poderia ser, sendo esse um verdadeiro desvirtuamento da garantia ao livre exercício constitucional, uma vez que, enquanto agente sociopolítico, tem o dever de influenciar positivamente a vida pública, respeitando o ordenamento jurídico aplicável⁶⁴, da mesma forma que, enquanto líderes religiosos, como todo e qualquer cidadão, têm o direito de livre manifestação, podendo se expressarem sobre esta ou aquela opção político-partidária⁶⁵, mas jamais aproveitando-se de sua condição e autoridade para desvirtuar o processo eleitoral em benefício de quem quer que seja.

Esse é o entendimento que deve prevalecer, uma vez que, por óbvio, a liberdade de crença não pode justificar a desobediência às regras que norteiam o processo eleitoral, em especial as que garantem a moralidade pública e a lisura do pleito. Com o mesmo entendimento, Alexandre de Moraes, para quem a liberdade religiosa é uma verdadeira conquista constitucional, consagração da maturidade de um povo, devendo, porém, respeitar limitações legais e constitucionais, nos seguintes moldes:

A Constituição assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes.

Obviamente, assim como as demais liberdades públicas, também a liberdade religiosa não atinge grau absoluto, não sendo, pois permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilização civil e criminal.⁶⁶

⁶¹ CRFB/1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [g.n.]

⁶² FARIA, Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 125.

⁶³ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Op. cit.*, p. 49.

⁶⁴ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. *Op. cit.*, *loc. cit.* Acesso em: 30 jan.2016.

⁶⁵ FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 48.

Divergências e polêmicas a parte, o que a Constituição Federal de 1988 busca, em especial pelo que descreve no § 9º, do artigo 14, é que as eleições sejam um campo de oportunidades iguais aos postulantes, a possibilitar que o vencedor seja o mais preparado na preferência do eleitorado, em face de suas propostas e realizações, tudo isso exercido de forma livre, sem qualquer tipo de influência, fraude ou desvirtuamento, garantindo-se, assim, “a normalidade e a legitimidade das eleições, em respeito à própria soberania popular.”⁶⁷

É o que se extrai do seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

O art. 14, § 9º da CF/1988 outorga ao eleitor o dever de regulamentar o princípio da liberdade do voto, e, este o faz na medida em que fixou regras de conduta e sanções respectivas contra a corrupção eleitoral e diversas formas de abuso de poder. O princípio da liberdade do voto deve ser sempre utilizado para a interpretação das normas eleitorais, como já assentou o TSE ao assumir que “tem interpretado as normas eleitorais de forma a preservar os valores mais caros ao regime democrático, em especial a liberdade do voto e a moralidade pública.”⁶⁸

O que, segundo afirma Fernando Castro, “não se pode falar de respeito ao Estado Democrático de Direito, princípio fundamental, sem que se dê total proteção à soberania popular, por meio da garantia da participação do povo nos pleitos e da total lisura destes contra qualquer espécie de abuso.”⁶⁹

E prossegue o magistrado catarinense, ao afirmar com coerência que:

Quando ocorre o ilícito eleitoral de fato, mesmo que nem sequer tenha sido alvo de procedimento judicial, os prejuízos à soberania e à legitimidade do pleito são inestimáveis. Não é somente o desrespeito à lei que impera, é, em suma, a própria ruína da democracia, a constatação de que o poder ficará nas mãos daquele indivíduo ou grupo que pode mais, do mais abastado, do mais ardiloso, impelindo a todos a frustrante sensação de que tudo se repete, de que tudo será como antes. E o pior: a acomodação de todos os eleitores (pelo menos de boa parte) numa falsa noção de que nada pode ser feito para mudar o quadro, de que o período eleitoral serve mesmo para se beneficiar de alguma forma em troca de voto.⁷⁰

⁶⁷ FÁRIA, Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 83.

⁶⁸ BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg-Respe 29662, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 16.12.2008.

⁶⁹ FÁRIA, Fernando de Castro. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰ FÁRIA, Fernando de Castro. *Ibidem.*, p. 84.

Para Djalma Pinto: “Nenhuma democracia, porém, deve tolerar a investidura de alguém, na representação popular, mediante a utilização de expedientes mesquinhos para obtenção do voto. A complacência com o abuso comprovado acarreta-lhe a própria destruição, à medida que os valores passam a ser pervertidos no grupo social.”⁷¹

No mesmo sentido, entendimento de Caramuru Afonso Francisco: “O texto constitucional é que afirma que as eleições somente serão normais e legítimas se não houver abuso de poder, seja ele político ou econômico, ou seja, se não se tiver um resultado que não decorra única e exclusivamente de fatores diversos da soberania popular, hipótese em que as eleições não poderão ser reconhecidas.”⁷²

Para Frederico Alvim, “o princípio da lisura objetiva resguardar a franqueza da disputa eleitoral”, o que “pressupõe a observância de princípios outros, como os da autenticidade do resultado, da legalidade do pleito, da eficácia do voto livre, da igualdade de oportunidade entre candidatos e da imparcialidade e firmeza na condução das eleições.”⁷³

É justamente isso que a nossa Constituição busca: reprimir todo e qualquer atentado à Democracia, tendo em vista que, quando falamos na participação ativa da religião no âmbito eleitoral, devemos ponderar preceitos constitucionais importantes: de um lado, os princípios da probidade e moralidade administrativa, lisura ou legitimidade das eleições, que visam garantir a paridade de condições entre os candidatos na disputa eleitoral e resguardar a legalidade do pleito e a eficácia do voto livre, de outro lado, o direito fundamental à liberdade religiosa, com previsão nos incisos VI e VIII, do artigo 5º⁷⁴, da Constituição, que visa assegurar o direito ao livre exercício da crença religiosa e proteção aos locais de culto e suas liturgias.

Para Pedro Lenza, a garantia da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença é um princípio constitucional de garantia da tolerância e respeito à diversidade, sendo que: “Não há dúvida de que o direito fundamental da liberdade de crença, da liberdade de culto e suas manifestações e prática de ritos não é absoluto. Um direito fundamental vai até onde começa outro e, diante de eventual colisão, fazendo-se uma ponderação de interesses, um deverá prevalecer em face do outro se não for possível harmonizá-los.”⁷⁵

São, assim, equivalentes, na ordem constitucional, o princípio da liberdade religiosa e o da moralidade, lisura e legitimidade dos pleitos eleitorais, com o que a ponderação de interesses entre ambos torna possível a repressão dos abusos

⁷¹ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. p. 213 *apud* FÁRIA, Fernando de Castro. *Idem.*, p. 107.

⁷² FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Op. cit.*, p. 16.

⁷³ ALVIM, Frederico Franco. *Op. cit.*, p. 38-39.

⁷⁴ BRASIL. CRFB/1988. Art. 5º [...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

⁷⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 882-883.

cometidos, sendo, portanto, dever constitucional da Justiça Eleitoral de coibir ações que afetem a igualdade dos candidatos e a lisura dos pleitos.

E temos que, nas palavras de Manoel Carlos de Almeida Neto, “a busca da verdade eleitoral sufragada nas urnas sempre foi o principal objetivo perseguido pela Justiça Eleitoral e o principal motivo de sua criação pelos revolucionários de 1930.”⁷⁶ Como se vê, a missão da Justiça Eleitoral, no que concerne ao processo eleitoral é tutelar o bem jurídico normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CF) e o interesse público primário da lisura eleitoral (art. 23, *in fine*, da LC nº 64/1990), enquanto pressupostos de legitimidade política e validade jurídica do mandato, o que se subsume nos valores fundamentais à eficácia social do regime representativo.⁷⁷

E o sentido da norma constitucional não é sancionar este ou aquele abuso, deixando brechas para que outros desvirtuamentos sejam praticados, mas sim, como expressa o próprio texto do § 9º, do artigo 14, “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato (...) e a normalidade e legitimidade das eleições”, o que, por si só, é suficiente a ensejar que outras condutas abusivas, que não o abuso de poder econômico e o abuso de poder político ou de autoridade, sejam devidamente reprimidas, mesmo que ausente legislação complementar trazendo o instituto de forma expressa.

E não se trata de levar a norma a uma interpretação extensiva, mas sim de buscar a sua real significação, as razões teleológicas de sua existência no ordenamento jurídico, devendo ter em mente que as normas negativas eleitorais buscam como *ultima ratio* a proteção do próprio Estado Democrático de Direito, cujo conteúdo normativo contempla a perseguição pela justa medida de sua aplicação na defesa da moralidade pública e liberdade do eleitor.

Podemos, assim, extrair do pensamento de Vicente Ráo, expresso de forma bem elucidativa por Alexandre de Moraes, que a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.⁷⁸

Atualmente, não mais se pode aceitar a concepção maquiaveliana, um dos marcos do pensamento político que se seguiu no tempo até então, da separação entre política e moralidade, entendimento este que aceitava normalmente a corrupção como algo resultante das regras próprias do mundo político, sem maiores correlações com a moralidade do indivíduo, o que levou a consequências nefastas para a sociedade, de um modo geral.⁷⁹

⁷⁶ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Op. cit.*, p. 37.

⁷⁷ RAMAYANA, Marcos. *Op. cit.*, *passim*.

⁷⁸ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542. v. 2. *apud* MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ MARTINS, José Antônio Martins. *Corrupção*. São Paulo: Editora Globo, 2008. p. 23-24.

Temos então, que a Constituição estabelece expressamente o que entende por eleições legítimas e normais, que são aquelas em que não haja condutas relacionadas ao abuso do poder, corrupção ou fraude, enfim, elementos cuja presença possa macular todo o processo eleitoral. Dessa forma, os parâmetros constitucionais previstos de normalidade e de legitimidade das eleições se fundamentam na verificação da ausência destes fatores no processo eleitoral.⁸⁰

Esse também é o entendimento exposto por Antônio Carlos Martins Soares, ao afirmar que “todas as normas que tutelam a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral visam combater práticas, como o abuso do poder econômico e político, a corrupção e a fraude que conspiram contra estes objetivos (art. 14, § 9º e art. 10, da CF)”.⁸¹

Ademais, cumpre aos aplicadores do Direito ao adequar as normas aos casos concretos, buscar o seu verdadeiro sentido, realizando um trabalho hermenêutico, uma vez que o núcleo de nosso sistema constitucional é constituído por valores e princípios que ultrapassam as regras postas, o direito positivo, devendo o intérprete buscar a sua essência e adaptá-la às necessidades finalísticas contemporâneas, ou seja, deve buscar o real sentido da norma, a partir dos princípios e dos valores expressos ou implicitamente adotados pelo texto constitucional.⁸²

Nas palavras de Juarez Freitas, a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.⁸³

Dessa forma, aos dispositivos pertinentes da Constituição e da legislação eleitoral deve dar uma interpretação no “sentido evolutivo, no qual as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas as suas estruturas formais”.⁸⁴

Conforme anotou o Ministro Gilmar Mendes, ao lembrar as lições de Peter Häberle:

Não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (...), ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (...). Assim, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se, necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *Law in public action*.⁸⁵

⁸⁰ FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Op. cit.*, p. 9.

⁸¹ SOARES, Antonio Carlos Martins. *Direito eleitoral: Questões controvertidas*. 2ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 38-41.

⁸² *Ibidem.*, p. 205-207.

⁸³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 149 *apud* MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ed. Saraiva, 1982 *apud* SOARES, Antonio Carlos Martins. *Op. cit.*, p. 210.

⁸⁵ LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 157.

Esse também é o entendimento do professor Antônio Carlos da Ponte, ao afirmar que “O combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal, que indica como alguns dos fundamentos do Estado Brasileiro a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (artigo 1º, incisos I, II, III e V, da CF/1988).⁸⁶”

Ainda em alusão aos ensinamentos de Peter Häberle, quanto à interpretação constitucional, expressa o professor Clèmerson Clève que:

A teoria da interpretação constitucional deve se aproximar da temática “Constituição e realidade constitucional”, com a ampliação para outras áreas (para além da figura dos juízes e procedimentos formalizados), como as ciências sociais, teorias jurídico-funcionais (divisão funcional de tarefas entre órgãos constitucionais), métodos de interpretação voltados para o interesse público e bem-estar geral.⁸⁷

Infere-se, assim, que a Constituição Federal, assim como todas as normas vigentes, comporta sua devida interpretação no sentido de se buscar o seu real significado, o seu verdadeiro alcance, levando-se em consideração a história, as ideologias, os fatos sociais, econômicos e políticos do Estado, função de extrema importância, na medida em que é ela o fundamento de validade de todo o ordenamento infraconstitucional e sua abrangência.

Essa realidade constitucional pode ser reconhecida como mutação, uma vez que seria esta, não uma alteração física, palpável, mas sim no seu sentido interpretativo e significado do seu texto, efetiva transformação na interpretação da regra enunciada, exteriorizando um caráter dinâmico e de prospecção. Trata-se, em síntese, de uma reinterpretção da norma constitucional.⁸⁸

Portanto, os dispositivos introduzidos no § 9º, do art. 14 da Constituição da República a partir da Emenda de Revisão nº 4/1994, conferem ao Judiciário, através de uma interpretação sistemática e evolutiva do nosso ordenamento jurídico pátrio, integrar o comando do art. 19, I, da Constituição Federal com os artigos 37, § 4º e 24, inciso VIII, ambos da Lei nº 9.504/1997, no sentido de efetivar o comando constitucional de separação absoluta entre Estado e Religião, aplicando ao ilícito eleitoral denominado de abuso do poder religioso, de forma autônoma, as mesmas sanções aplicáveis às espécies abuso de poder político e abuso de poder econômico, constantes do inciso XIV⁸⁹, do artigo 22, da LC nº 64/1990, quais sejam: a) inelegibilidade para as

⁸⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 167-168.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13 *apud* CLÈVE, Clèmerson. *Constituição, Democracia e Justiça: Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 76.

⁸⁸ LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 135-136.

⁸⁹ BRASIL. LC 64/1990. Art. 22 Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público

eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou a conduta ilícita e b) cassação do registro ou do diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência da conduta, sem prejuízo da responsabilização da esfera administrativa, cível e criminal.

No entanto, cabe ressaltar que o abuso a ser considerado para as reprimendas acima descritas deve ser grave, tendo que é a gravidade das circunstâncias do ato em si considerado, e não a sua probabilidade de influenciar no resultado do pleito que deve ser levado em consideração, razão pela qual, em especial, o juízo de cassação de mandato por abuso de poder religioso deve ser efetuado tão somente quando existentes provas robustas das graves condutas descritas anteriormente, tendentes a atentar contra a normalidade e legitimidade do processo eleitoral.⁹⁰

Diante dessas expectativas colocadas, para que referidas normas não sirvam apenas como retórica política ou alibi dos governantes, uma vez que a grande missão atribuída ao Direito Eleitoral é assegurar o acesso ao poder sem vícios, sem fraude, preservando a vontade livre dos cidadãos na indicação de seus representantes, tem ele, como alicerce da atuação da Justiça Eleitoral, papel fundamental na garantia da Democracia, respondendo aos anseios da sociedade, permitindo a regular alternância do poder, disciplinando o exercício da soberania popular e garantindo, como objetivo fundamental, a lisura desse processo.⁹¹

No que diz respeito à mudança cultural da sociedade, deve ficar clara no grupo social a ideia de que o processo eleitoral é matriz que revitaliza o Estado Democrático, devendo todos zelar por sua regularidade, estando a legitimidade da representação popular diretamente relacionada com a espontaneidade do eleitor na escolha do candidato, tendo como base que a garantia da prosperidade democrática depende da lisura e da confiabilidade do processo eletivo, o que fundamenta a repressão a qualquer tipo de mácula que possa viciá-lo.⁹²

Dada, então, a complexidade do tema, como visto, ousamos nos guiar por uma interpretação contrária à obrigatoriedade de previsão legal expressa a

Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.

⁹⁰ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. A gravidade das circunstâncias no abuso de Poder Eleitoral. In: BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Prismas do direito eleitoral: 80 anos do Tribunal Eleitoral de Pernambuco*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 125.

⁹¹ PINTO, Djalma. *Op. cit.*, p. 2-3.

⁹² PINTO, Djalma. *Ibidem.*, *passim*.

ensejar a reprimenda estatal, uma vez que comungamos do entendimento de que a interpretação constitucional leva ao sentido de que há uma repressão de tais atos ilícitos implícita na previsão de garantia da lisura e legitimidade do pleito prevista no texto do §9º, do artigo 14, da Constituição Federal, autorizado que estamos pelo dissenso constitucional interpretativo, que pode ser devidamente explicado na lição de Marcelo Neves para quem: “A questão se torna complexa porque, em princípio, o procedimento oficial de interpretação constitucional está aberto a todas as interpretações que emergem da esfera pública, mas o seu resultado importa sempre uma seletividade que rejeita expectativas relevantes. [...]”

Impõe-se, nesse sentido, a moral do dissenso, a qual, por sua vez, pressupõe o consenso sobre os procedimentos que, por outro lado, asseguram o reconhecimento da diversidade de valores, interesses e expectativas que se manifestam e concorrem na esfera pública, por outro, são acessíveis às exigências das esferas autônomas e conflitantes de comunicação de uma sociedade supercomplexa. A Constituição apresenta-se, portanto, como “um fundamento consentido do dissenso”.⁹³

Assim, entendemos que, sob o fundamento do princípio constitucional da moralidade e, por consequência, da lisura das eleições é lícita a condenação autônoma dos atos que caracterizam o abuso do poder religioso, ao argumento de que a norma constitucional destinada à proteção da moralidade para o exercício do mandato eletivo é autoaplicável e, aliada ao princípio cardeal da efetividade, autoriza a Justiça Eleitoral a promover a integração da norma constante do §9º, do artigo 14, da Constituição Federal de 1988 com a previsão constante do inciso XIV, do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/1990, através da interpretação sistemática desses dispositivos, com a aplicação da interpretação conforme os princípios constitucionais aplicáveis aos casos análogos de abuso do poder político, econômico e uso indevido dos meios de comunicação social.

⁹³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 75 *apud* CLÈVE, Clemerson. *Op. cit.*, p. 77.

Inquérito Civil: entre Avanços e Retrocessos – Análise Crítica do PLS 233/2015

*Civil Inquiry: between Advances and Threats - PLS
233/2015's Critical Analysis*

Cláudio Smirne Diniz*

Eduardo Cambi*

Mauro Sérgio Rocha*

Resumo

O presente ensaio apresenta os principais contornos acerca do inquérito civil, destacando sua relevância para a tutela dos interesses transindividuais. De outro lado, apresenta algumas propostas de aprimoramento, de forma a ajustá-lo à complexidade das novas demandas. Ao final, destaca as ameaças de retrocessos que podem advir do PLS 233/2015, em trâmite perante o Senado Federal.

Palavras-chave

Tutela dos interesses transindividuais. Inquérito Civil. PLS 233/2015.

Abstract

This paper presents the main outlines about the civil inquiry, highlighting its relevance to the protection of transindividuals interests. On the other hand, it presents some proposals for improvement, in order to adjust it to the complexity of the new demands. Finally, it highlights the threats of setbacks that may arise from the PLS 233/2015, in proceedings in the Senate.

Keywords

Transindividuals interests protection. Civil inquiry. PLS 233/2015.

* Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre e Doutor em Direito (PUC-PR). Professor de Direito Administrativo da FEMPAR, Universidade Positivo e Cejur.

* Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF). Mestre e Doutor em Direito (UFPR). Professor de Direito Processual Civil da UENP e da UNIPAR.

* Promotor de Justiça (MPPR). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Núcleo de Controle Abstrato de Constitucionalidade. Mestre em Direito (UEM). Doutor em Direito (UFPR). Professor de Direito Processual Civil da FEMPAR e Cejur.

Sumário

1. Introdução. 2. Dos Anseios por Avanços. 2.1. Cooperação para a Produção de Provas (PLS 233/2015, art. 16º, § 7º). 2.2. Inclusão da Figura do Informante Confidencial. 2.3. Inclusão de Formas de Colaboração Premiada na Legislação Civil. 2.4. Responsabilização Decorrente da não Colaboração com as Investigações do Ministério Público. 2.5. Requisição de Documentos Acobertados pelo Sigilo Bancário. 2.6. Fonte de Custeio para Perícias Técnicas no Inquérito civil. 2.7. Comunicação de Atos Processuais, Preferencialmente, por Meio Eletrônico. 3. Ameaças de Retrocessos Contidos no PLS 233/2015. 3.1. Prazos para Instauração e Conclusão. 3.2. Representações Anônimas. 3.3. Contraditório no Inquérito Civil. 3.4. Responsabilização do Agente do Ministério Público pelo Uso Indevido de Informações e Documentos (arts. 16, § 18, e 23). 3.5. Desnecessidade de Comunicação do Deferimento do Inquérito Civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão. 3.6. Atuação Criminal do Membro do Ministério Público que Realizou Investigações no Âmbito Cível. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A categoria dos interesses transindividuais constitui-se em *gênero*, decomposto, sob o aspecto legal e doutrinário, em três diferentes *espécies*: i) os interesses *difusos*, caracterizados pela indivisibilidade de seu objeto, sendo seus titulares não determinados, nem mesmo determináveis, embora se encontrem ligados por circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas (CDC, art. 81, par. único, I); ii) os interesses *coletivos*, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a grupo determinado ou determinável de pessoas, ligadas por uma mesma relação jurídica básica (CDC, art. 81, par. único, II); e iii) os interesses *individuais homogêneos*, de natureza divisível, cujos titulares são perfeitamente identificáveis (CDC, art. 81, par. único, III)¹.

Trata-se de nova dimensão de direitos, revestidos de certas peculiaridades que, justamente por isso, não se amoldam à tradicional bipartição estabelecida entre o público e o privado. Em síntese, os interesses transindividuais encerram um conjunto de valores, tutelados juridicamente, que não interessam somente a um ou a outro indivíduo, isoladamente considerado. Na mesma medida, não se inserem na esfera jurídica de interesses do Estado, sendo, por vezes, até mesmo contrários a estes.

¹ É necessário compatibilizar a destinação social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. No caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer quando haja conveniência social em sua atuação, conforme esclarece a Súmula 7 do CSMP do Estado de São Paulo: é “preciso que tais interesses tenham expressão para a coletividade, seja pela extraordinária dispersão dos lesados, seja por conveniência da coletividade e pela necessidade de zelo pelo funcionamento do sistema econômico, social e jurídico. Ausentes esses pressupostos, os lesados deverão requerer indenização em ações individuais”. Verificar, ainda: STF, AI 839152 AgR/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07/02/2012; STF, RE 500879 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/05/2011; STF, AI 516419 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/11/2010.

Constituiu-se o inquérito civil o instrumento confiado ao Ministério Público para a tutela desses interesses transindividuais. Presidido, com exclusividade², pelo próprio Ministério Público, trata-se de procedimento inspirado no Inquérito Policial e transposto para esse novo campo de tutela.

Em seu curso são coletadas as provas destinadas à formação da convicção acerca de determinado fato ou circunstância³. Vale dizer, por meio do inquérito civil, viabiliza-se a investigação civil desenvolvida pelo Ministério Público em sua linha de atuação e, com isso, propicia-se o exercício responsável da ação civil pública e/ou a produção de recomendação administrativa ou, ainda, a tomada do termo de ajustamento de conduta, bem como, se for o caso de ausência de ameaça ou de lesão à ordem jurídica, caminha-se para a promoção de arquivamento.

Instrumento de envergadura constitucional, inerente às funções institucionais do Ministério Público, voltado à investigação de fatos relacionados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), o inquérito civil encontra previsão na Lei nº 7.347/1985 (arts. 8º e 9º), na Lei Complementar nº 75/1993 (art. 6º, VII; art. 7º, I) e na Lei nº 8.625/1993 (art. 25, IV e art. 26, I). No plano infralegal, foi disciplinado pela Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Extraí-se desses marcos regulatórios suas características essenciais, a exemplo da *unilateralidade*, da *facultatividade*, da *informalidade* e do *caráter inquisitivo*, desvinculando-o, assim, da submissão ao contraditório e à ampla defesa.

A incumbência da tutela dos interesses transindividuais, conferida em caráter não exclusivo ao Ministério Público, possui extrema relevância, sobretudo quando se considera a potencialização da eficácia dos provimentos jurisdicionais, sem que com isso se descuide da priorização das soluções extrajudiciais dos conflitos, não raras vezes até mesmo em caráter preventivo, nas hipóteses nas quais o risco de lesão a direitos é antevisto.

Sucedem que o inquérito civil carece de certos *aperfeiçoamentos* tendentes a expandir a sua eficácia, ajustando-o às modernas tendências da *lógica investigativa*. Não obstante, reformas legislativas em andamento ameaçam retrocedê-lo.

Aliás, lembre-se que várias propostas legislativas já procuraram limitar o alcance do inquérito civil. O Projeto de Lei nº 2.961/1997 buscava tipificar como crime de *abuso de autoridade* a instauração de inquérito civil, policial ou administrativo, ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, com propósito de perseguição, ou para satisfazer simples sentimento pessoal ou convicção política ou, ainda, da mesma forma, criminalizar também, como abuso de autoridade, qualquer manifestação do magistrado, do membro do Ministério Público, do membro de Tribunal

² Entre os colegitimados à ação civil pública, apenas o Ministério Público pode instaurar inquérito civil. A União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações ou as associações civis, antes de propor a ação civil pública, é natural que recolham elementos de convicção; porém, o farão em procedimentos diversos.

³ STJ. REsp. 448.023-SP. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 20.05.2003.

de Contas, da autoridade policial ou da autoridade administrativa, por qualquer meio de comunicação, de opinião sobre investigação, inquérito ou processo, ou, ainda, a permissão de acesso de fatos ou informações de que tenham ciência em razão do cargo e que violem o interesse público e o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Não tendo prosperado o aludido projeto de lei, propôs-se a denominada Emenda Constitucional da *mordaza*, que apresentava os mesmos objetivos do projeto de lei.

A Medida Provisória nº 2.088, editada inicialmente em 29.12.2000, estabeleceu, como ato de improbidade, a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo e a proposição de ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, quando se atribuía a outrem fato que sabia inocente. Possibilitava-se, ainda, no prazo da contestação, a reconvenção, meio pelo qual se suscitava a improbidade do agente ministerial que propôs a ação.

Também, tentou-se estabelecer, quando o pedido de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa fosse considerado manifestamente improcedente, a condenação, nos próprios autos, a pedido do réu, do agente público que propôs a ação ao pagamento de uma multa de até R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

Além disso, o denominado anteprojeto Artur Virgílio propunha alterar os artigos 8º e 9º da Lei nº 7.347/1985, estabelecendo que o Inquérito civil, instrumento de investigação dos fatos, em tese, considerados como ímprobos, só poderia ser instaurado pelo Procurador-Geral de Justiça, ainda que preservasse a qualquer membro a instauração de um procedimento preparatório.

E mais, o mesmo anteprojeto previu a figura do “interessado”, que poderia intervir na fase inquisitiva, além da existência de recurso em face da instauração do Inquérito Civil, com a possibilidade de o Conselho Superior do Ministério Público atribuir-lhe efeito suspensivo, restringir seu objeto ou, até mesmo, determinar o seu trancamento.

Se isso não bastasse, tentou-se impor o prazo de seis meses para conclusão do inquérito civil, autorizando sua renovação apenas pelo tempo necessário à realização de diligências imprescindíveis. Com isso, promover-se-ia o trancamento em massa de inquéritos civis, pois se partia da premissa que o Ministério Público não tinha estrutura suficiente para concluir os inúmeros Inquéritos Civis em prazo tão restrito.

Atualmente, preocupa o PLS nº 233/2015, de autoria do Senador Blairo Maggi, que dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos e correlatos a cargo do Ministério Público. Por meio dele pretende-se adotar regras tendentes a conferir ao inquérito civil maior rigor procedimental, submetê-lo ao contraditório e restringir-lhe a publicidade, violando-se, injustificadamente, preceitos de ordem pública. É esse o objeto do presente estudo, do qual se passa a tratar.

2. Dos Anseios por Avanços

Três fatores sugerem aperfeiçoamentos na disciplina do inquérito civil: i) a identificação de *pontos de estrangulamento*, observados em sua aplicação, desde seu primeiro regramento trazido pela Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública); ii) a gradativa *ampliação da complexidade* dos fatos jurídicos apurados pelo mencionado instrumento, a exemplo da frequente remessa ao exterior de recursos de origem ilícita, indicando a necessidade das investigações do Ministério Público desenvolverem-se em sintonia com os modernos mecanismos de cooperação internacional; e iii) *inovações tecnológicas* que podem ser assimiladas e transpostas para o inquérito civil, de forma a torná-lo mais célere e, portanto, mais eficiente. Passa-se a justificar cada uma das propostas.

2.1. Cooperação para a Produção de Provas (PLS 233/2015, art. 16, § 7º)

Não obstante a necessidade da colaboração de outros órgãos do Ministério Público para a realização de diligências em localidades diversas da sede do local da autoridade que preside o inquérito, o PLS 233/2015 poderia ter sido mais sofisticado, vindo a contemplar técnicas de produção de prova mais ágeis, a fim de assegurar, no âmbito da investigação pelo Ministério Público, a garantia da duração razoável do inquérito civil.

Assim, o PLS 233/2015, para melhor se coadunar com a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e o Novo Código de Processo Civil, poderia admitir a prática de atos procedimentais por meio de *videoconferência* ou *outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real*, sem que, com isso, haja qualquer prejuízo às investigações.

Na verdade, soa um tanto anacrônico o quanto disposto no § 13 do art. 16 do PLS 233/2015, no tocante às declarações e aos depoimentos, os quais deverão ser prestados sob compromisso e *serão tomados a termo* pelo membro do Ministério Público e assinados pelos presentes. Pondera-se que, no século XXI, não há mais sentido a tomada de declarações ou depoimentos não gravados, assim como se mostra impossível ignorar a assinatura digital e insistir na expedição de cartas precatórias, quando estão disponíveis outros meios mais rápidos e eficientes na colheita das provas.

A partir da Lei nº 11.900/2009, que alterou a redação dos parágrafos do art. 185 do Código de Processo Penal, passou-se a admitir, ainda que excepcionalmente, a realização de interrogatório de réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil foi além para recomendar, expressamente, o uso da tecnologia para facilitar a colheita das provas. "Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. (...) § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real". O tratamento estende-se ao

depoimento pessoal (NCPC, art. 385, § 3º), à inquirição de testemunhas (NCPC, art. 453, § 1º) e à acareação (NCPC, art. 461, § 2º).

O Novo Código de Processo Civil também prevê regras (arts. 26 a 36) que poderiam ser trazidas para o PLS 233/2015, de maneira a possibilitar a *cooperação* dos membros do Ministério Público brasileiro com integrantes de órgãos de investigação assemelhados no exterior⁴.

2.2. Inclusão da Figura do Informante Confidencial

Outro tema importante em relação ao aperfeiçoamento das investigações no Brasil, especialmente de esquemas de corrupção, é a necessidade de regulamentação do inc. XIV do art. 5º da Constituição Federal para preservar o *sigilo da fonte de informação*.

Conforme dispõe o art. 450 do NCPC, ao arrolar a testemunha, a parte deve informar, na medida do possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência ou do local de trabalho. O NCPC e a legislação especial não preveem a figura do *informante confidencial*⁵.

Na investigação relacionada à prática de atos de corrupção, quando a medida for essencial à obtenção de dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, o informante confidencial apresenta-se como uma forma de possibilitar, ao Ministério Público, a obtenção de informações essenciais para melhor investigar⁶.

Ressalva-se que o informante confidencial deve ser um *ponto auxiliar* de investigação, não podendo a condenação, por evidente, estar baseada apenas nesse depoimento prestado. Sendo o conhecimento da identidade do informante confidencial essencial ao caso concreto, o Ministério Público pode optar, com o consentimento do informante, em revelar a sua identidade ou perder o valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Ademais, comprovada a falsidade *dolosa* da imputação feita pelo informante confidencial, a sua identidade deve ser revelada para possibilitar a responsabilização

⁴ A Operação Lava Jato, coordenada pelo Ministério Público Federal, conseguiu repatriar para o Brasil milhões de dólares desviados da Petrobrás, mediante a cooperação com agentes ministeriais de diversos países do mundo. Tal experiência não pode ser ignorada pelo PLS 233/2015, devendo ser incorporadas regras de cooperação internacional nos procedimentos de coletas de provas e apuração de fatos ilícitos pelo Ministério Público.

⁵ Tal sugestão se insere no esforço, produzido pela Operação Lava Jato, de repensar medidas de prevenção e de repressão à corrupção, que recolheu, em pouco mais de sete meses, mais de dois milhões de assinaturas em todo o país. Tornou-se uma das medidas inserida nesse projeto de iniciativa popular, que, não obstante à sinalização dos eleitores, ainda encontra-se tramitando, a passos lentos, na Câmara dos Deputados. Conferir: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 12 de jan. 2016.

⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: Ministério Público e princípio da proteção eficiente. Coord. Eduardo Cambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39-62.

pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das sanções civis.

Foi nesse sentido que, a partir da experiência da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal, no anteprojeto de iniciativa popular, fez a seguinte proposição:

Art. 1º Esta Lei disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

Art. 2º Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 3º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 4º No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Art. 5º Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Considerando, assim, a relevante contribuição que o informante confidencial poderá trazer para a coleta de provas, especialmente na área da moralidade administrativa, seria oportuna a incorporação de tal figura no PLS 233/2015.

2.3. Inclusão de Formas de Colaboração Premiada na Legislação Civil

Sabe-se a relevância da colaboração premiada em matéria probatória penal, em razão do fato dos ilícitos que envolvem desvios de recursos públicos geralmente serem praticados às escondidas.

Por isso, a intensificação da produção de provas, em matéria civil, poderia ser obtida mediante a instituição da colaboração premiada em matéria de improbidade administrativa, nos moldes existentes na investigação criminal (Leis Federais nº 9.034/1995, 9.613/1998, 9.807/1999, 12.529/2011 e 12.850/2013).

Além do mais, o tratamento legislativo atualmente conferido ao instituto, não o contemplando expressamente na área da improbidade administrativa, gera o desconforto ao investigador criminal que, nas negociações estabelecidas com o investigado que pretende colaborar, tem por dificultada, dada à falta de definição procedimental, a possibilidade de propor o afastamento da ação de improbidade administrativa.

Nessa medida, o PLS 233/2015 poderia introduzir formas de *colaboração premiada* que venham a ser aplicadas às hipóteses de responsabilização por ilícitos civis, aperfeiçoando o combate à corrupção e à improbidade administrativa⁷.

Bom exemplo de colaboração premiada, inclusive no âmbito extrapenal, na forma de *acordo de leniência*, são os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, que trata da estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A partir da experiência da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal, no anteprojeto de iniciativa popular, fez a seguinte proposição:

Art. 17-A O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – esteja assegurada a reparação total do dano, quando verificada essa circunstância; II – o interessado aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado; III – o interessado cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo; IV – o interessado coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento; V – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a

⁷ Nesse sentido, insere-se uma das propostas do Ministério Público Federal para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro de combate à corrupção: Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. acesso em: 12 fev. 2016.

solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa; VI – o interessado não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos.

§ 2º O acordo de leniência não exige a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede que o Estado adote medidas ressarcitórias para reaver a sua integralidade.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput e do § 1º, o Ministério Público poderá deixar de ajuizar a ação de improbidade administrativa, ou poderá requerer o perdão judicial, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional, o qual somente voltará a correr em caso de descumprimento da avença.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o caput importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa para a aplicação das sanções previstas no art. 12 desta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º O acordo de leniência estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, devendo ser homologado judicialmente.

§ 8º As negociações e a celebração do acordo correrão em sigilo, o qual será levantado em caso de recebimento da ação cível de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 9º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 10º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

Tal proposta, contudo, pode ser adaptada e ampliada para toda e qualquer investigação do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, para contribuir na apuração da autoria e da materialidade dos atos ilícitos, premiando os possuidores de informações privilegiadas com a redução de eventuais sanções.

2.4. Responsabilização Decorrente da Não Colaboração com as Investigações do Ministério Público

O PLS 233/2015 não prevê sanções para quem obstrui ou dificulta as investigações do Ministério Público, limitando-se, no § 6º do art. 16, a dizer que a

falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

Ressalte-se que o art. 10 da Lei nº 7.347/1985 assim dispõe: “Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

Ocorre que esse tipo penal, além de prever penas brandas, vincula as atividades investigatórias à propositura de ação civil pública, deixando de lado os esforços realizados para a produção de recomendações administrativas ou para a celebração de termos de ajustamento de conduta. Ademais, a obstrução da investigação pode ocorrer de diversas formas, não apenas quando se recusa, retarda ou omitem *dados técnicos*.

Perceba-se que o art. 403 do NCPC prevê que, se o terceiro, sem justo motivo, recusar-se a efetuar a exibição de documento ou de coisa, o juiz pode ordenar-lhe que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, e, caso não cumpra a ordem, o juiz pode expedir mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

O crime de desobediência é de *menor potencial ofensivo*, uma vez que a pena é de detenção de quinze dias a seis meses (art. 330 do Código Penal), sendo *ineficiente* para obstruir as investigações do Ministério Público. Ademais, o crime de desobediência tem como sujeito ativo um particular, pois está situado no Título XI, Capítulo II, do Código Penal (que versa sobre os crimes praticados por particular contra a administração em geral), não podendo ser aplicado aos servidores públicos que desobedecem a ordem de colaboração com as investigações ou mesmo as ordens judiciais⁸.

Decorre desses argumentos a oportunidade do PLS 233/2015 prever um *tipo penal específico* para que todos, particulares ou agentes públicos, que obstruírem ou dificultarem, sem justo motivo, as investigações do Ministério Público, possam ser responsabilizados penalmente, sem prejuízo da responsabilidade administrativa ou civil.

Aliás, o PLS 233/2015 enfatiza, por diversas vezes, a responsabilização, inclusive criminal, do agente do Ministério Público pelo uso indevido de informações e documentos (art. 16, § 18) e por violação ao princípio da intimidade quando emite juízo de valor a respeito de investigações ainda não concluídas (art. 23), mas nenhuma responsabilização traz ao investigado ou a terceiros que, deliberadamente, obstruam, dificultem ou se eximam, sem motivo razoável, de contribuir com as investigações.

No sentido de buscar sancionar o comportamento daqueles que impeçam ou criem dificuldades à atividade de investigação ou fiscalização, vale mencionar, por

⁸ STJ. HC 161.448/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 20/06/2012.

exemplo, no âmbito extrapenal, o disposto no art. 5º, inc. V, da Lei nº 12.846/2013 (denominada de Lei Anticorrupção):

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Em conclusão, faltam, no PLS 233/2015, regras que permitam a responsabilização daqueles que dificultarem a atividade de investigação.

2.5. Requisição de Documentos Acobertados pelo Sigilo Bancário

Discute-se acerca do poder do Ministério Público requisitar, diretamente, junto aos bancos, a quebra do sigilo bancário ou se tal providência dependeria de prévia autorização judicial⁹. Reconhece-se, no entanto, que a jurisprudência majoritária inclina-se no sentido da exigência da autorização judicial¹⁰.

No entanto, a requisição direta encontra fundamento nas seguintes razões¹¹: i) a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público o poder de “requisitar informações e documentos” para instruir procedimentos administrativos que instaurar, a exemplo dos inquéritos civis (CF, art. 129, VI); ii) as leis orgânicas estaduais e federal, de igual modo, permitem ao agente ministerial “requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie” (Lei nº 8.625/1993, art. 26, III), asseverando, contudo, que o “membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo” (Lei nº 8.625/1993, art. 26, § 2º); iii) idêntico dispositivo está presente na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/1993), estatuinto a possibilidade de “requisitar informações e documentos a entidades

⁹ Esta divergência não se aplica às verbas públicas, em relação às quais, de forma pacífica, não há necessidade de quebra de sigilo quando os dados são provenientes de recursos e contas públicas, devendo o Ministério Público utilizar, tão somente, o poder de requisição de informações, de modo direto (STF. MS 21.729. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 05.10.1995. P. 19.10.2001).

¹⁰ STF. RE 318.136. 2ª T. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 12.09.2006. Em sentido contrário, conferir: STJ. RMS 31362/GO. Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª. T. J. 17.08.2010.

¹¹ ARAS, Vladimir. Possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 fev. 2016.

privadas” (art. 8º, inc. IV), regra na qual se inclui o poder de requisitar informações bancárias, porquanto as instituições financeiras e seus diretores ou gerentes sejam “entidades privadas”; iv) o art. 8º, § 2º, da mesma Lei Complementar Federal nº 75/1993, dispõe que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

Ao se interpretar esta última regra, refuta-se a possibilidade de o Ministério Público requisitar, diretamente, informações cobertas pelo sigilo, pois os bancos e as administradoras de cartões de crédito não seriam *autoridades*, mas entidades privadas¹².

Aliado a esse argumento, afirma-se que, pelo art. 192 da Constituição Federal, o sistema financeiro nacional deve ser regulado em lei complementar. Como essa lei complementar ainda não foi elaborada pelo Congresso Nacional, atribui-se à Lei Federal nº 4.595/1964 o *status* de lei complementar. Logo, somente lei complementar posterior poderia conferir ao Ministério Público o poder de afastamento direto do sigilo bancário.

Discorda-se de tal raciocínio, pois a Lei Complementar Federal nº 75/1993 já assegura o poder do Ministério Público de requisição direta de informações, inclusive de entidades privadas, conforme o art. 129, inc. VI, da CF. Ressalva-se que eventuais abusos poderão ser corrigidos pela via judicial, por exemplo, pela impetração de mandado de segurança, ou mesmo no campo da responsabilização administrativa.

Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal, em 24 de fevereiro de 2016, julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859 e declarou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, sem a necessidade de prévia autorização judicial¹³.

Portanto, o PLS 233/2015, por tratar-se de projeto de Lei Complementar, poderia prever, de forma mais enfática (já que o art. 16, § 5º, restringe-se a afirmar que, instaurado o inquérito civil, nenhuma autoridade pode opor exceção legal de sigilo a Membro do Ministério Público, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação), a possibilidade de o agente do Ministério Público poder requisitar aos bancos documentos cobertos pelo sigilo bancário e, ainda, requisitar aos agentes fazendários, sempre mediante decisão fundamentada, o compartilhamento de documentos existentes em processos administrativos fiscais, acobertados pelo sigilo.

¹² *Idem. Ibidem.*

¹³ <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>>. acesso em 29 maio 2016.

2.6. Fonte de Custeio para Perícias Técnicas no Inquérito Civil

O PLS 233/2015 não enfrenta a questão do custeio das perícias, o que se constitui em adversidade das mais significativas nas instruções dos inquéritos civis.

É certo que, tratando-se da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com o intuito de facilitar o ajuizamento das ações coletivas, não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas nem condenação da associação ou do Ministério Público autores, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (Lei nº 7.347/1985, art. 18). O mesmo tratamento aplica-se às ações civis públicas por improbidade administrativa¹⁴.

Na verdade, parece até mais acertado que, na hipótese de inversão do ônus da prova – caso presentes os requisitos legais ou com base na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova adotada expressamente pelo Novo Código de Processo Civil (art. 373, § 1º) –, exigir-se que a parte contra quem se deferiu a inversão do *onus probandi* arque com as despesas da perícia, sob pena de restarem incontroversos os fatos alegados pela parte contrária¹⁵.

A propósito da facilitação da prova nas ações coletivas, ainda prevê o art. 12, § 1º, do Código Modelo de Direito Processual Coletivo para Ibero-América que o juiz pode requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando o demandado sucumbente no reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Do mesmo modo, o Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo (versão 2007)¹⁶ previa no art. 27 a possibilidade de utilização do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, formado pelas indenizações pecuniárias, execuções de danos globalmente causados e da arrecadação de multas (inclusive, pelo descumprimento de termos de ajustamento de conduta), para antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Também, com o intuito de viabilizar a realização da perícia, estabelecia que o juiz poderia determinar que órgãos, fundações ou universidades públicas, especializadas na matéria, elaborassem laudos ou relatórios (art. 11, § 5º).

Por fim, o Projeto de Lei de Nova Ação Civil Pública, em meados do ano 2009, trazia, entre os princípios do processo coletivo (art. 3º, inc. VII), o dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva.

Sobre a possibilidade de o custeio da prova pericial ser realizado com valores dos Fundos previstos no art. 13 da Lei nº 7.347/1985, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça

¹⁴ STJ. REsp. 822.919/RS. 1ª T. Rel. Min. José Delgado. J. 28.11.2006.

¹⁵ STJ. REsp. 1.049.822/RS. 1ª T. Rel. Min. Francisco Falcão. J. 23.04.2009; CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 593.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 456.

que o Ministério Público não está isento de adiantar as despesas com os honorários do perito, mas tais custos poderiam ser arcados pelo Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, de São Paulo, criado pela Lei Estadual nº 6.536/1989¹⁷.

Tal posicionamento é um meio de viabilizar a produção da prova pericial já no inquérito civil e promover a máxima efetividade da tutela coletiva. Entretanto, a utilização dos recursos dos Fundos depende de regulamentação normativa, a fim de evitar que deixem de cumprir o seu escopo precípua de reconstituição dos bens lesados, passando a servir de forma oblíqua para o custeio da prova pericial.

Em tese, não haverá prejuízo aos Fundos, quando os recursos são antecipados e, depois da sentença, retornam à origem. Contudo, na prática, pode haver dificuldade de *reembolso* dos valores antecipados. Por outro lado, em sendo a ação civil pública julgada – parcial ou integralmente – improcedente, os Fundos não terão como ser recompostos.

É, justamente para evitar desvios de finalidade, que se faz necessária a regulamentação normativa do uso do dinheiro dos Fundos, inclusive para admitir o custeio do adiantamento de perícias judiciais em ações coletivas voltadas à promoção da maior efetividade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o Judiciário não usurpava dos Conselhos Gestores a função de gerir os Fundos, bem como de analisar se a ação civil pública, para a qual se pleiteia o recurso público, pode vir a trazer benefícios à promoção dos direitos a que o Fundo se destina a proteger.

Portanto, o PLS 233/2015, preocupado em agilizar o *trâmite dos inquéritos civis*, *pode regulamentar a possibilidade dos diversos fundos de proteção a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos serem utilizados como forma de antecipar o custo dessas perícias, dando solução técnica às diversas questões cuja investigação não pode prosseguir por falta de conhecimentos especializados.*

2.7. Comunicação dos Atos Procedimentais, Preferencialmente, por Meio Eletrônico

Com o intuito de facilitar a comunicação dos atos procedimentais, o PLS 233/2015 poderia, de forma expressa, recomendar a utilização preferencial dos *meios eletrônicos*.

Nesse sentido, o art. 193 do NCPC prevê que os “atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei”.

Assim, tanto a intimação de testemunhas quanto a de indiciados, bem como a remessa de documentos a serem compartilhados com outros órgãos e unidades do Ministério Público seriam, preferencialmente, realizados por meio eletrônico.

Em resumo, seriam estas as propostas de aperfeiçoamento do inquérito civil que se apresenta ao debate. Todavia, como já fora adiantado, encontra-se em curso no Senado

¹⁷ STJ. RMS 30.812/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª T. J. 04.03.2010.

Federal projeto legislativo que, em certa medida, representa retrocessos na disciplina do instrumento de que se está a tratar, conforme justificativas que se passa a examinar.

3. Ameaças de Retrocessos Contidos no PLS 233/2015

3.1. Prazos para Instauração e Conclusão

O PLS 233/2015, no art. 5º, § 1º, prevê o arquivamento da representação para a instauração de inquérito civil, em caso de omissão do Ministério Público durante o prazo de sessenta dias: "O requerimento não deferido no prazo de sessenta dias será arquivado".

Em que pese o propósito de se conferir celeridade às investigações, pondera-se não ser este o melhor efeito jurídico a ser atribuído à eventual inércia. Afinal, a atuação desidiosa deve ser corrigida pelos órgãos internos e externos de controle, mas jamais gerar o arquivamento de representação, sobretudo naquelas hipóteses em que se discute a tutela de interesses indisponíveis, como normalmente ocorre. Em outras palavras, da eventual falta funcional não pode resultar prejuízo à coletividade.

Por outro lado, raciocínio equivalente aplica-se ao art. 34 do PLS 233/2015, que condiciona o encerramento do inquérito civil ao prazo de doze meses, prorrogável por uma única vez.

Além da não disposição do direito material de natureza transindividual, o qual não pode ser maculado por óbices procedimentais, aponta-se para a natural demora, em certas situações, para a conclusão das investigações, especialmente em ilícitos de natureza ambiental, em que a prova apresenta complexidade, ou em ilícitos alusivos ao patrimônio público, onde a sofisticação dos mecanismos de lesão resulta em investigações extensas, por vários anos, sem que isso, de forma alguma, represente negligência daqueles que a presidem.

Preocupa também a redação do art. 34 do PLS 233/2015 que condiciona a prorrogação à "autorização do Juízo competente", estabelecendo indevido controle judicial em procedimento interno do Ministério Público. Ressalta-se ser defeso ao Poder Judiciário exercer o controle acerca da decisão do Ministério Público em investigar determinado fato¹⁸.

Aplica-se aqui o mesmo entendimento exarado pelo STF, ao declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que condicionava o poder de investigação à autorização do Poder Judiciário, o que ensejaria controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em manifesta violação ao núcleo essencial do princípio acusatório¹⁹.

Ademais, caso o Congresso Nacional aprove a redação do art. 34 do PLS 233/2015, milhares de inquéritos civis, em todo o país, serão encaminhados ao Poder Judiciário, o que prejudica a duração razoável das investigações, sem acrescentar um efetivo mecanismo de fiscalização que, como asseverado, pode ocorrer, a qualquer tempo, por provocação específica do suposto prejudicado.

¹⁸ STJ. REsp. 1.271.165-PR. Rel. Min. Humberto Martins. J. 30.04.2013.

¹⁹ STF. ADI 5.104-MC. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 21.05.2014.

Desse modo, o art. 34 do PLS 233/2015 deve ser alterado, para possibilitar a prorrogação do inquérito civil, por decisão fundamentada, bem como retirar a necessidade de autorização judicial para a sua prorrogação, pois não compete ao Poder Judiciário avaliar a imprescindibilidade da realização ou da conclusão de diligências, sem que com isso se afaste o controle judicial em eventuais hipóteses de excesso ou desvio de finalidade na condução das investigações²⁰.

Por fim, nessa ambiência, é preciso dizer sobre o manifesto equívoco do art. 37 do PLS 233/2015, normativo que estabelece o prazo de 12 (doze) meses, contados do arquivamento, para o eventual desarquivamento do inquérito civil em decorrência de provas novas, limitação, é mais do que óbvio, que não substitui os prazos prescricionais existentes, ou mesmo que não prospera diante da imprescritibilidade de algumas situações apuradas no âmbito do inquérito civil.

Registra-se que o dispositivo também não encontra nenhum paralelo com o inquérito penal que pode ser desarquivado pela superveniência de novas provas a qualquer tempo.

Ora, não há razão para limitar no tempo a reabertura do inquérito civil, quando diante do surgimento de novas evidências, faz-se necessário retomar as investigações.

O limite temporal é fixado pelo direito material que, ao fixar prazos prescricionais, impede que a pretensão seja levada a juízo.

Portanto, o art. 37 do PLS 233/2015 deve ser suprimido, pois em nada contribui para a eficiência e a celeridade das investigações, porquanto, após um ano, novo inquérito deverá ser instaurado, já que, ausente a prescrição, a investigação deve ocorrer em novos autos.

3.2. Representações Anônimas

O PLS 233/2015 condiciona a deflagração de investigação provocada por representação anônima à prévia manifestação do investigado: “A instauração de inquérito civil ou de qualquer procedimento investigatório preparatório em razão de requerimento não identificado dependerá da prévia manifestação do requerido, quando a autoria for conhecida, sob pena de responsabilidade pessoal” (art. 4º, § 5º).

No entanto, as representações anônimas são de grande valia para a investigação de diversas matérias, especialmente na área da proteção ao patrimônio público, onde o representante, não raras vezes, tem receio de retaliações políticas e administrativas. Nestas circunstâncias, o requerimento anônimo mostra-se legítimo, na medida em que pretende evitar a exposição às ameaças ou às intimidações por parte da pessoa investigada, em razão da sua posição política, econômica ou social.

²⁰ Nesse sentido, já estabelece o art. 9º da Resolução 23-CNMP: “O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão”.

Depara-se, na espécie, com o conflito aparente entre princípios constitucionais. De um lado, a Constituição Federal veda o anonimato (CF, art. 5º, IV), porém, de outro, determina que o Ministério Público promova o inquérito civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

E, como não poderia ser diferente, a harmonização desses dispositivos privilegia o poder de investigação do Ministério Público, como bem assentado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, baseado na orientação do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INQUÉRITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DECORRENTE DE DENÚNCIA ANÔNIMA. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL COM OS RENDIMENTOS. AGENTES POLÍTICOS. ILÍCITO QUE SE COMPROVA NECESSARIAMENTE POR ANÁLISE DE DOCUMENTOS. HARMONIZAÇÃO ENTRE A VEDAÇÃO DO ANONIMATO E O DEVER CONSTITUCIONAL IMPOSTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

[...]

2. O simples fato de o Inquérito Civil ter-se formalizado com base em denúncia anônima não impede que o Ministério Público realize administrativamente as investigações para formar juízo de valor sobre a veracidade da notícia. Ressalte-se que, no caso em espécie, os servidores públicos já estão, por lei, obrigados na posse e depois, anualmente, a disponibilizar informações sobre seus bens e evolução patrimonial.

[...]

5. A vedação ao anonimato, constante no art. 5º, IV, da Constituição Federal, há de ser harmonizada, com base no princípio da concordância prática, com o dever constitucional imposto ao Ministério Público de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

6. Nos termos do art. 22 da Lei nº 8.429/1992, o Ministério Público pode, mesmo de ofício, requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apurar qualquer ilícito previsto no aludido diploma legal.

7. Assim, ainda que a notícia da suposta discrepância entre a evolução patrimonial de agentes políticos e seus rendimentos tenha decorrido de denúncia anônima, não se pode impedir que o membro do *Parquet* tome medidas proporcionais e razoáveis, como no caso dos autos, para investigar a veracidade do juízo apresentado por cidadão que não se tenha identificado.

8. Em matéria penal, o STF já assentou que “nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciado, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas” (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11.5.2005, Plenário, DJ de 11.11.2005).

9. Em se tratando de suposto ato de improbidade que só pode ser analisado mediante documentos, descabe absolutamente adotar medidas informais para examinar a verossimilhança, ao contrário do que se passa, por exemplo, em caso de denúncia anônima da ocorrência de homicídio.

10. O STJ reconhece a possibilidade de investigar a veracidade de denúncia anônima em Inquérito Civil ou Processo Administrativo, conforme se observa nos seguintes precedentes, entre os quais se destacam a orientação já firmada por esta Segunda Turma e uma recente decisão da Primeira Turma: RMS 37.166/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15.4.2013; RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10.2.2010; MS 13.348/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 16.9.2009. (STJ. RMS 38.010/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 02.05.2013).

Portanto, condicionar a instauração do inquérito civil à prévia manifestação do requerido, sob pena de responsabilidade pessoal do membro do Ministério Público, é despropositado, na medida em que restringe, imotivadamente, o poder-dever investigatório do Ministério Público e, conseqüentemente, “pode frustrar o trabalho de captação de elementos probatórios hábeis para a formação da convicção do Ministério Público” (Relatório do PLS 233/2015 pela CCJ - Senado Federal).

Além disso, a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definiu-se no sentido de que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados”²¹.

É bem verdade que se deve conferir redobrada cautela às representações anônimas, analisando criticamente seu conteúdo e desenvolvendo checagem preliminar de seus contornos. Com isso, preservam-se os direitos do investigado. No

²¹ STF. HC 99.490. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 31.1.2011; STF. RHC 125.392. Rel. Min. Carmen Lúcia. J. 17.03.2015.

entanto, não se pode exigir a prévia oitiva do requerido como *condição de instauração* do inquérito e, muito menos, como um fator puro e simples para a responsabilização do agente ministerial. Afinal, a prevalecer as exigências constantes no § 5º do art. 4º do PLS 233/2015, restariam inviabilizadas investigações que somente ocorrem porque há fatos gravíssimos que não seriam comunicados ao Ministério Público senão de forma anônima.

Com efeito, sustenta-se que as representações anônimas devem ser objeto de investigação pelo Ministério Público, desde que apresentem *atos concretos* que possam, em tese, configurar lesão a interesses a que compete ao Ministério Público zelar. Nesse sentido, menciona-se a disciplina trazida pelo CNMP, no sentido de que o “conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral” (Res. 23-CNMP, art. 2º, § 3º)²².

3.3. Contraditório no Inquérito Civil

Se parece razoável a previsão inserta no art. 14, ao prever, sem prejuízo das situações de urgência (art. 18), a notificação do investigado para apresentar esclarecimentos no prazo de 10 (dez) dias, dúvidas não há de que o contido no art. 16, § 11, *in fine*, pode não apenas descaracterizar a natureza jurídica do inquérito civil, como, por arrastamento, também eternizar sua conclusão. Ou seja, este dispositivo assegura “aos investigados o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de laudo técnico”. Essa amplitude de defesa acaba por transformar o inquérito civil em processo administrativo, gerando, em favor do investigado, direitos subjetivos incompatíveis, repita-se, com a essência do inquérito civil, já lembrada na fase introdutória deste ensaio.

Mais uma vez reafirma-se que a destinação do inquérito civil é a mera apuração de fatos, não tendo o propósito de aplicar sanções e, por esta exata razão, não lhe são aplicáveis as garantias previstas no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal que se voltam aos “acusados em geral”²³. No inquérito não acusado, há sim fatos a serem esclarecidos.

Além da previsão indevida do contraditório, o dispositivo do Projeto em comento traz outra falha, consistente na oitiva do investigado ao início do procedimento, quando

²² No âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, o § 3º do art. 2º da Resolução nº 1.928/2008-PGJ estabelece: “O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que acompanhada de elementos mínimos de prova e obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no art. 2º, inc. II, desta Resolução”. O art. 2º, inc. II, da Resolução nº 1928/2008, por sua vez, preceitua: “Art. 2º O inquérito civil poderá ser instaurado: (...) II – em face de requerimento ou representação formulada por qualquer pessoa ou comunicação de outro órgão do Ministério Público, ou qualquer autoridade, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização”.

²³ STF, AP 560, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015.

o mais adequado seria ouvi-lo ao final, após colhidas as provas, a exemplo do que ocorre no Código de Processo Penal, a partir da alteração promovida pela Lei nº 11.719/2008, em relação ao interrogatório do acusado após o término da instrução probatória.

Ademais, muitas investigações iniciam-se sem que sequer haja investigado, pois, como foi dito, apura-se fatos, e, portanto, sem a produção mínima de provas, não se sabe, ao certo, quem é ou quem são os eventuais responsáveis. Tal argumento corrobora a necessidade de postergar o contraditório até que surjam indícios de autoria e a prova da materialidade. Por outro lado, a oitiva pode se mostrar desnecessária, quando, no curso da investigação, não se apura quem praticou a ilicitude (casos de autoria incerta).

Portanto, o art. 14 do PLS 233/2015 deveria ser realocado para o Capítulo IV, que trata da Instrução, para que o contraditório se estabeleça, preferencialmente, após a produção dos elementos de prova, tendo por princípio a recomendação de efetivamente ouvir-se o investigado, até como forma de se conferir maior credibilidade à prova produzida.

Na mesma linha de argumentação da adoção indevida do contraditório também não se mostra pertinente o dispositivo que segue: “Os investigados serão intimados da prova ou da diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização, para acompanhamento da diligência” (PLS 233/2015, art. 16, § 12).

3.4. Responsabilização do Agente do Ministério Público pelo Uso Indevido de Informações e Documentos (arts. 16, § 18, e 23)

Pela redação do § 18 do art. 16 do PLS 233/2015: “O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, podendo a ação penal, na hipótese, ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal”.

O primeiro reparo a ser feito, no art. 16, § 18, do PLS 233/2015 é a troca do verbo “usar”, pelo “divulgar”. *Usar* expressa uma ação genérica, que pode inclusive ser inerente à própria atividade investigatória, como o compartilhamento de informações com outros órgãos ou unidades do Ministério Público para proceder à investigação. Eventual responsabilização deve ser imposta pela *divulgação* indevida de informações e de documentos.

O art. 23 do PLS 233/2015 assim dispõe:

Em respeito ao princípio da intimidade, o membro do Ministério Público somente poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito da instauração do inquérito civil e de seu desenvolvimento, bem como das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, sem emissão de juízo de valor a respeito de apurações ainda não concluídas, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Ademais, os arts. 16, § 18, e 23 do PLS 233/2015, ao tratarem da responsabilização do membro do Ministério Público, por desvio de conduta no curso do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo, precisam ser compatibilizados com as regras do art. 181 do Novo Código de Processo Civil: “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Portanto, na redação do § 18 do art. 16 do PLS 233/2015, deveria constar: “O Membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pela **divulgação dolosa** indevida de informações e documentos que requisitar, podendo a ação penal, na hipótese, ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal”.

3.5. Desnecessidade de Comunicação do Deferimento do Inquérito Civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão

Há diversos mecanismos de publicidade do inquérito civil, conforme bem disciplina o § 2º do art. 22 do PLS 233/2015, tais como a publicação da instauração na imprensa oficial, a divulgação da portaria por meio eletrônico, a exposição dos fatos em caso de realização de audiência pública, prestação de informações ao público em geral e concessão de vistas dos autos.

Por isso, a comunicação formal do deferimento do inquérito civil ao Conselho Superior ou à Câmara de Coordenação e Revisão mostra-se desnecessária, mesmo porque não é cabível nenhuma forma de trancamento preliminar das investigações por estes órgãos, sob pena de violação da garantia constitucional do promotor natural²⁴.

3.6. Atuação Criminal do Membro do Ministério Público que Realizou Investigações no Âmbito Cível

O art. 38 do PLS 233/2015 veda, sem qualquer razão, que o membro do Ministério Público que presidiu o inquérito civil, na hipótese de verificar a ocorrência de crime, ofereça a denúncia ou instaure investigação criminal. Não há motivos para tal vedação.

Ora, o acúmulo de atribuições cíveis e penais é a realidade em grande parte dos órgãos de execução no Brasil. Além disso, como um mesmo fato pode ter repercussões diferentes, o membro do Ministério Público que os investiga, até por razões de eficiência e celeridade, desde que tenha atribuição para tanto, deve aproveitar a mesma investigação para buscar a tutela integral do direito violado.

O necessário envio para outro membro do Ministério Público viola a garantia constitucional do promotor natural e pode gerar conflitos de entendimentos desnecessários e contrários à duração razoável do inquérito civil.

²⁴ STF. RE 638.757.AgR. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. J. 09.04.2013.

4. Conclusão

Abordou-se no presente ensaio as finalidades constitucionais conferidas ao inquérito civil, destacando-se sua relevância para atuação do Ministério Público no campo da tutela dos interesses transindividuais.

Demonstrou-se a necessidade de serem implementados ajustes voltados ao seu aperfeiçoamento, em que pese o trâmite de reformas legislativas que ameaçam retrocedê-lo, como ocorre com o PLS nº 233/2015, que dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos e correlatos a cargo do Ministério Público.

Diante disso, reafirma-se a imprescindibilidade da perfeita adequação a ser dada à disciplina dos inquéritos civis, considerando, sobretudo, seu caráter instrumental à defesa e à promoção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*).

Referências Bibliográficas

ARAS, Vladimir. Possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, vol. 117, set/out. 2004.

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kléber Ricardo. *Amicus curiae e processo coletivo*. *Revista de Processo*, vol. 192, fev. 2011.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. Coord. Eduardo Cambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Críticas ao Caráter Absoluto da Imunidade Parlamentar Material Brasileira

Eliseu Antônio da Silva Belo*

Sumário

1. Introdução. 2. Críticas à Posição Dominante do STF. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

A atual jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal considera de caráter absoluto a imunidade parlamentar material, prevista no art. 53, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sempre que as manifestações de pensamento do parlamentar (opiniões, palavras e votos) forem proferidas dentro do recinto da respectiva Casa Legislativa. Esse posicionamento, por implicar a perda de proteção judicial dos direitos fundamentais consagrados no art. 5º, X, da mesma Constituição, está embasado em premissas jurídicas equivocadas, devendo, pois, ser revisto pela Corte, na tentativa de resgatar sua antiga jurisprudência, conforme a qual, mesmo naquela hipótese, imprescindível é a realização do exame judicial do nexo de causalidade entre as manifestações do parlamentar e o exercício do respectivo mandato legislativo, para efeito de reconhecimento da mencionada prerrogativa constitucional.

Resumen

La jurisprudencia dominante actual de la Corte Suprema de Justicia considera de carácter absoluto la inmunidad parlamentaria material prevista en el art. 53, caput, de la Constitución Federal de 1988, siempre que las manifestaciones del pensamiento parlamentarias (opiniones, palabras y votos) se realizan dentro de los terrenos de su Cámara Legislativa. Esta posición, ya que implica la pérdida de la protección judicial de los derechos fundamentales consagrados en el art. 5, X, de la misma Constitución se basa en suposiciones jurídicas erróneas y por lo tanto debe ser revisado por la Corte en un intento por rescatar a su antigua jurisprudencia, según la cual, incluso en ese caso, indispensable es la realización del examen judicial de los nexos de causalidad entre las manifestaciones y el ejercicio de su mandato parlamentario y legislativo con el propósito de reconocimiento de esa prerrogativa constitucional.

* Promotor de Justiça do Ministério Público de Goiás desde 2004. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor do livro *O artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade*, pela Editora Verbo Jurídico, 2014.

Abstract

The current dominant jurisprudence of the Supreme Court considers the character of absolute immunity material as provided for in art. 53, caput, of the Federal Constitution of 1988, whenever the demonstrations of thought parliamentary (opinions, words and votes) are rendered within the grounds of their Legislative House. This position, since it entails the loss of judicial protection of fundamental rights enshrined in art. 5, X, of the same Constitution is founded on erroneous legal assumptions and should therefore be reviewed by the Court in an attempt to rescue his former jurisprudence, according to which, even in that case, indispensable is the completion of the judicial examination of the nexus of causality between the manifestations and the exercise of their parliamentary and legislative mandate for the purpose of recognition of that constitutional prerogative.

Palavras-Chave

Inviolabilidade Parlamentar. Recinto. Parlamento. Natureza Absoluta. Críticas. Tutela. Direitos Fundamentais.

Palabras Clave

Inviolabilidad Parlamentaria. Recinto. Parlamento. Carácter Absoluto. Crítico. Tutela. Derechos Fundamentales.

Keywords

Parliamentary Inviolability. Enclosure. Parliament. Absolute Nature. Critical. Protection. Fundamental Rights.

1. Introdução

A imunidade parlamentar brasileira está consagrada no art. 53 da Constituição Federal, assim redigido:

Art. 53 Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º [...].

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 6º [...].

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

As imunidades acima consagradas pelo texto constitucional são de duas espécies: material e formal.

A material, objeto do presente artigo, está definida no *caput* do citado artigo 53 e objetiva resguardar o parlamentar quando, no exercício de seu mandato ou em função dele, vier a externar suas opiniões, palavras e votos, os quais, assim externados, estarão imunes a qualquer tipo de responsabilidade, inclusive na esfera civil. Ela é conhecida também como inviolabilidade.

Já a imunidade formal diz respeito à prisão por crime inafiançável e ao processo criminal que eventualmente vier a ser ajuizado em face do parlamentar, delineada nos §§ 2º a 5º do referido artigo 53.

Com relação à imunidade parlamentar material, o Supremo Tribunal Federal consagrou, em sua atual jurisprudência, o seu caráter absoluto, sempre que as manifestações de pensamento do congressista ocorrerem dentro da Casa Legislativa a que estiver vinculado, ainda que suas opiniões, palavras e votos não tenham absolutamente nada a ver com o exercício do respectivo mandato, o que nos parece equivocados, sob o ângulo constitucional, especialmente em virtude da necessidade de o Poder Judiciário, notadamente o guardião da Constituição, ser o maior encarregado da defesa da integridade dos direitos fundamentais.

Esse posicionamento, hoje prevalecente no STF, começou a ser delineado em precedente do qual foi redator do acórdão o Min. Ayres Britto, cuja ementa tem o seguinte teor:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLENÁRIO DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVIOLABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO. A palavra “inviolabilidade” significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. **Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo.** O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. **Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada “conexão como (sic) exercício do mandato ou com a condição parlamentar” (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa.** No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada. (Inq 1958, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-01 PP-00068 RTJ VOL-00194-01 PP-00056). (negrito nosso).

Essa nova postura da Corte foi muito bem resumida em voto proferido pelo Min. Luiz Fux, no AgR RE nº 576.074-RJ, j. 26.04.2011, Primeira Turma, DJE nº 98 de 25.05.2011, no qual sua Excelência assentou o seguinte:

Com efeito, o âmbito de abrangência da cláusula constitucional de imunidade parlamentar material, prevista no art. 53 da Constituição, tem sido construído por esta Corte à luz de dois parâmetros de aplicação. Quando em causa atos praticados no recinto do Parlamento, a referida imunidade assume contornos absolutos, de modo que a

manifestação assim proferida não é capaz de dar lugar a qualquer tipo de responsabilidade civil ou penal, cabendo à própria Casa Legislativa promover a apuração, *interna corporis*, de eventual ato incompatível com o decoro parlamentar. De outro lado, quando manifestada a opinião em local distinto, o reconhecimento da imunidade se submete a uma condicionante, qual seja: a presença de um nexo de causalidade entre o ato e o exercício da função parlamentar [...].¹

Com a devida vênia, já na ementa do primeiro precedente acima transcrito, o STF revelou certa contradição ao consignar no final o entendimento ora combatido, porque, em seu início, ficou registrado que “tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo”. Ora, se a imunidade material decorre da função parlamentar, como, em seguida, desvinculá-la do exercício dessa função, pelo simples fato de as palavras, opiniões e votos serem proferidos no interior da Casa Legislativa, tornando-a, apenas por isso, de caráter absoluto? Onde o amparo constitucional para se chegar a tanto?

Curioso notar que, em defesa de seu voto, o Min. Ayres Britto chegou a afirmar que de dentro da Casa Legislativa o parlamentar estaria livre para cometer crimes contra a honra alheia, dado o caráter absoluto da imunidade material nesse local, em decorrência justamente da desnecessidade de se apurar, em sede judicial, se haveria ou não qualquer tipo de nexo entre as manifestações supostamente criminosas do parlamentar e o exercício de seu mandato.

O Min. Carlos Velloso, por sua vez e de forma contrária, em seu voto isolado e vencido, reiterou posicionamento anterior já declinado no sentido de que “as palavras dos parlamentares que não tenham sido proferidas no exercício e nem em consequência do mandato [...] não estão abrangidas pela imunidade material. É dizer, há de existir, entre a atividade parlamentar e as declarações atribuídas ao congressista, nexo causal”. (negrito nosso).

2. Críticas à Posição Dominante do STF

Desse modo, o objetivo do presente artigo é demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, no indispensável exercício de seu relevante papel de defensor

¹ Em igual sentido, conferir os seguintes precedentes de relatoria do mesmo Min. Luiz Fux: Inq 2915, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013; RE 299109 AgR, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 EMENT VOL-02534-01 PP-00080 e RE 606451 AgR-segundo, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011 EMENT VOL-02504-01 PP-00173 RTJ VOL-00219- PP-00632. Reafirmando essa nova posição da Corte, conferir, ainda, a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, na condição de relator do AI 818693, julgado em 01/08/2011, publicado em DJe-149 DIVULG 03/08/2011 PUBLIC 04/08/2011, de cuja ementa se extrai: “Essa prerrogativa político-jurídica – que protege o parlamentar (como os Vereadores, p. ex.) em tema de responsabilidade penal – incide, de maneira ampla, nos casos em que as declarações contumeliosas tenham sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente da tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional”.

da higidez constitucional dos direitos fundamentais, conduziu-se mal ao adotar o posicionamento ora questionado, considerando de caráter absoluto a imunidade parlamentar material, sempre que o objeto de sua tutela se exteriorizar dentro do espaço físico da respectiva Casa Legislativa.

Para tanto, é preciso observar, de início, ser intuitivo que a Constituição Federal, ao definir o rol de prerrogativas em favor dos parlamentares, o fez não em razão de um suposto prêmio especial às pessoas que pudessem alcançar esses cargos de destacada posição estatal, mas para assegurar a plenitude e total independência de seus titulares no exercício das funções inerentes aos referidos cargos.²

Não é por outra razão que o Min. Marco Aurélio averbou que:

O objetivo maior do preceito [art. 53 da Constituição Federal] é viabilizar a atuação equidistante, independente, sem peias, no exercício do mandato [...]. De modo algum, tem-se preceito a viabilizar atuação que se faça, de início, estranha ao exercício do mandato, vindo o Deputado ou Senador a adentrar, sem consequências jurídicas, o campo da ofensa pessoal, talvez mesmo diante de descompasso na convivência própria à vida gregária. A não se entender assim, estarão eles acima do bem e do mal, blindados, a mais não poder, como se o mandato fosse um escudo polivalente, um escudo intransponível. Cumpre ao Supremo, caso a caso, perquirir a existência de algum elo entre o que se espera no desempenho do mandato parlamentar e o que veiculado, principalmente quando isso aconteça fora da casa legislativa, em entrevista dada à imprensa.³

Além disso, a Constituição Federal, como qualquer outro corpo de leis, é um sistema normativo que, necessariamente, deve ser interpretado como um todo, em respeito claro à unidade constitucional.⁴

Assim, impõe-se ao intérprete fazer com que convivam em harmonia – porque consagrados na mesma Carta da República – a norma que estabelece a imunidade

² Por isso que o Min. Sydney Sanches externou, em certa ocasião, que: “As opiniões e palavras, que, nesse âmbito, o querelado possa ter tornado públicas, não estão cobertas pela imunidade material de que trata o *caput* do art. 53 da CF, mesmo após a introdução do vocábulo “quaisquer”, pela EC nº 35, de 20.12.2001, pois obviamente só diz respeito às “opiniões, palavras e votos” enunciados pelo parlamentar, nessa específica condição, ou seja, no próprio exercício do mandato, ou em razão dele”. Trecho de seu voto proferido no Inq 1.710/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, Plenário, DJ de 28.06.2002.

³ Trecho de seu voto proferido no Inq 2.813/DF, na condição de relator, j. 24.06.2010, maioria, Plenário, DJe n. 97 de 24.05.2011. Os votos vencidos foram dos Ministros Ayres Britto e Celso de Mello.

⁴ “O intérprete, desse modo, deve sempre direcionar sua atividade à harmonização das distintas normas do sistema, objetivo igualmente abrangido pela ideia de *interpretação sistemática*” (GARCIA, 2015b, p. 408, *italico no original*). E mais adiante, na p. 532, o mesmo autor ressalta que: “O delineamento do significado de qualquer partícula não pode passar ao largo de sua inserção em um universo mais amplo, o que bem demonstra a impossibilidade de o processo de interpretação assumir contornos setoriais, desconsiderando a integridade do sistema”.

parlamentar material e as que consagram os direitos fundamentais relativos à intimidade, privacidade, imagem e honra das pessoas, conferindo a estas, em caso de inequívoca ofensa, o direito à devida reparação.⁵

Por esse peculiar aspecto, fica muito evidente que considerar a imunidade parlamentar material de natureza absoluta, pela mera circunstância de as manifestações do parlamentar serem proferidas no recinto do Parlamento, mesmo não tendo absolutamente nada a ver com o exercício do mandato (englobando, dessa forma, toda sorte de abusos e desvios), quebra essa convivência harmônica entre as citadas normas constitucionais, retirando dos direitos fundamentais mencionados qualquer eficácia jurídica de tutela jurisdicional, esvaziando-os por completo, o que é inaceitável diante da garantia constitucional de ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Esse alcance sistemático, aliás, foi muito bem destacado pela Min. Cármen Lúcia, no precedente por último citado (Inq 2.813/DF), ao dizer o seguinte em seu voto: “Como a Constituição é sistema, se lê no conjunto, o artigo 53 usa a expressão “são invioláveis”. Entretanto, usa rigorosamente a mesma expressão na espinha dorsal da Constituição, que é o art. 5º, ao afirmar que: Art. 5º [...] X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

E, complementando essa ideia, a mesma Ministra asseverou, em outra oportunidade:

Não seria possível admitir que ela [a Constituição Federal de 1988] tivesse inculcado alguns com a intangibilidade da mão da Justiça e com a inaplicação total do Direito, de tal modo que ficassem alguns intocáveis para a observância do próprio sistema jurídico. Nem os princípios nem os fins a que se destina a norma de direito prestam-se a tal interpretação e aplicação.⁶

Ainda de acordo com a Min. Cármen Lúcia:

A Constituição não diferencia o parlamentar para privilegiá-lo. Distingue-o e torna-o imune ao processo judicial e até mesmo à prisão para que os princípios do Estado Democrático da República sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados. Afinal, o

⁵ Pois, afinal de contas, “[...] o comportamento não protegido pela liberdade de expressão [essência da imunidade parlamentar material], que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal”. In: MENDES e BRANCO, 2013, p. 279.

⁶ Trecho de voto proferido na condição de relatora do HC nº 89.417/RO, j. 22.08.2006, maioria, Primeira Turma, DJ de 15.12.2006, relativo ao caso em que se afastou a imunidade parlamentar formal relacionada à prisão de um deputado estadual de Rondônia, acusado de diversos crimes graves, dentre os quais o de formação de quadrilha, tendo em conta a circunstância de envolvimento em crimes semelhantes de vinte e três dos vinte e quatro membros da respectiva Assembleia Legislativa. A ordem requerida foi denegada.

que se garante é a imunidade, não a impunidade. Essa é incompatível com a Democracia, com a República e com o próprio princípio do Estado de Direito.

E, mais adiante, arremata:

Imunidade é prerrogativa que advém da natureza do cargo exercido. Quando o cargo não é exercido segundo os fins constitucionalmente definidos, aplicar-se cegamente a regra que a consagra não é observância da prerrogativa, é criação de privilégio. E esse, sabe-se, é mais uma agressão aos princípios constitucionais, ênfase dada ao da igualdade de todos na lei.⁷

Dá porque não vemos nenhuma razão plausível para que o STF considere a imunidade parlamentar material como sendo de caráter absoluto, pela mera circunstância de as manifestações de pensamento do parlamentar terem sido externadas na sede da Casa Legislativa a que ele pertencer. Cabe aqui indagar se esse fator de discrimen, qual seja o espaço físico em que localizado o Parlamento, é ou não constitucionalmente justificado para efeito de legitimar o tratamento diferenciado ora impugnado.

Nesse prisma, cabe enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, examinando a constitucionalidade das chamadas “cláusulas de barreira” em concursos públicos, procedeu, em 2014, à seguinte análise sobre o alcance do princípio da isonomia:

Como se sabe, nem todas as distinções implicam quebra de isonomia. Desde Aristóteles, compreendemos muito bem que o postulado da igualdade subentende o dever de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Segundo Alexy, essa fórmula clássica implica um *mandado de tratamento desigual*, isto é, o princípio da igualdade deve ser interpretado no sentido de uma norma que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se esse tratamento desigual puder ser justificado com razões suficientes. Assim, o enunciado sobre o mandado de tratamento desigual adquire a seguinte estrutura: *Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001).

⁷ Trechos do mesmo voto citado na nota de rodapé anterior.

A exigência de razões suficientes para o tratamento desigual impõe uma *carga de argumentação* ao legislador ou àquele que emite a norma que implica tratamento desigual. Há diversas formas de fundamentação dos juízos de valor sobre igualdade e desigualdade que podem justificar um tratamento desigual. De toda forma, há que se levar em conta que a igualdade é, em termos gerais, um tipo de relação que se pode estabelecer entre dois ou mais seres ou objetos, tendo em vista uma ou várias características ou circunstâncias.

Por isso, o conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. (Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, W.Weber, p. 345 (354).

Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa* (*relative Verfassungswidrigkeit*). Inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada conferida pela norma (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*) (Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung, W.Weber, p. 345 (354).

A diferenciação estabelecida pela norma deve ser fundada em razões suficientes para o tratamento desigual. Assim, tem-se como relevante o que a doutrina tem chamado de *razoabilidade qualitativa*, que exige que a antecedentes iguais sejam imputadas, pela norma, consequências iguais, sem que haja exceções arbitrárias. Isso significa que a lei, para ser razoável, deve tratar igualmente os iguais em circunstâncias iguais. Nas palavras do constitucionalista argentino Ricardo Haro, “é inegável que o ordenamento jurídico deve estabelecer lógicas e razoáveis distinções e classificações em categorias que a discricionariedade e a sabedoria o inspirem, e que se baseiem em objetivas razões de diferenciação”. (HARO, Ricardo. La razonabilidad y las funciones de control. In: *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Zavalia; 2003, p. 209.)⁸ (destaques no original).

Para melhor compreensão da legitimidade constitucional ou não do fator de discrimen utilizado pelo STF para considerar a imunidade parlamentar material de natureza absoluta – o mero espaço físico da Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar – é preciso trabalhar alguns exemplos de situações extravagantes, mas de fácil ocorrência na vida real, suscitados pelo próprio STF nos autos do Inq 1.710/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, Plenário, DJ de 28.06.2002.

Com efeito, ao fundamentar o seu voto condutor, com o objetivo de afastar a imunidade parlamentar material no caso, o Min. Sydney Sanches afirmou que:

[...] não se compreenderia estar coberta pela imunidade material a conduta de um parlamentar que, por exemplo, como condômino de um prédio, em uma reunião do condomínio, viesse a emitir

⁸ Trecho do voto proferido pelo relator, Min. Gilmar Mendes, no RE nº 635.739/AL, ainda pendente de publicação, transcrito o seu inteiro teor na parte de “Transcrições” do *Informativo STF nº 737*, de 24 de fevereiro a 7 de março de 2014.

palavras ofensivas ao Síndico. Ou que, num acidente de trânsito, com seu veículo particular, viesse a ofender o motorista do outro veículo. Ou, então, quando, durante uma briga de rua, inteiramente estranha a sua atividade parlamentar, viesse a ofender seu desafeto.⁹

Se as ofensas verbais assacadas nessas situações não são abrangidas pela imunidade parlamentar material, justamente por não terem a mínima relação com o exercício do respectivo mandato, será que constituiria uma razão suficiente para a incidência dessa imunidade, sob o ângulo do princípio da isonomia, a mera circunstância de essas mesmas ofensas serem externadas de dentro do recinto do Parlamento?

Entendemos que não, por um singelo motivo: o espaço físico em que instalado o Parlamento, por si só, não tem o condão de realizar o elo jurídico – que deve ser sempre averiguado pelo Poder Judiciário – entre essas ofensas e o exercício do mandato eletivo. Ou seja, as ofensas mencionadas pelo Min. Sydney Sanches acima continuariam desprovidas de qualquer vínculo com o mandato parlamentar, ainda que externadas dentro do prédio ou demais dependências do Parlamento.¹⁰ Basta para tanto imaginar, no primeiro exemplo, que as ofensas dirigidas ao síndico, na condição de simples condômino, fossem pronunciadas pelo parlamentar ao fazer uso da tribuna de sua Casa Legislativa, em nítido abuso de uma prerrogativa constitucional.

O próprio Min. Ayres Britto – maior defensor do caráter absoluto da imunidade material nesse contexto – asseverou, em dada oportunidade, que “o que interessa em matéria de reconhecimento da inviolabilidade – inviolabilidade material, naturalmente – não é o local em que proferida a suposta ofensa, mas é a natureza da matéria, é a matéria em si”.¹¹

Se não fosse assim, estar-se-ia transformando a sede física do Parlamento em um lugar imune à incidência da Constituição Federal no que ela tem de mais importante (sua espinha dorsal, como dito pela Min. Cármen Lúcia), que é o rol dos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra das pessoas (art. 5º, X, da CF de 1988). Ora, em um Estado Democrático de Direito e Republicano como o nosso, essa opção é simplesmente inadmissível.

⁹ Páginas 386-387 do citado acórdão. Nesse mesmo precedente, o Min. Nelson Jobim, em seu voto, concluiu da seguinte forma: “Então, creio que a expressão “quaisquer” tem algum vínculo, mínimo que seja, com a função parlamentar, em razão do mandato”. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio, sobre esse vocábulo, considerou que ele “refere-se às manifestações que digam respeito, de modo direto ou indireto, ao próprio mandato. Essa é a interpretação calcada na razoabilidade do que previsto no texto constitucional em vigor. Essa é a interpretação que afasta, até mesmo, a tomada do mandato como um verdadeiro escudo protetor no campo da busca da responsabilidade”.

¹⁰ Por isso que o Min. Celso de Mello, certa feita, consignou o seguinte: “[...] de tal modo que a prerrogativa da imunidade parlamentar em sentido material não protegerá o congressista naqueles casos em que as imputações moralmente ofensivas se apresentarem completamente desvinculadas do desempenho de qualquer das atribuições inerentes ao ofício congressual [...]”. Trecho de seu voto proferido no Inq 1937, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2003, DJ 27-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02141-03 PP-00482.

¹¹ No Inq 2813/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2010, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00039, já citado.

Importante consignar que essa compreensão do tema tem estreita relação com o que se costuma chamar de princípio da proibição de abuso de direito fundamental¹² (aqui, no caso, de direito fundamental de natureza institucional do parlamentar, relativo à prerrogativa da imunidade material).

Com efeito, a doutrina especializada ensina que:

[...] esse princípio estabelece que nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades. Em outras palavras: o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes.

[...] o que se conclui é que os direitos fundamentais não podem ser utilizados para fins ilícitos, até porque eles existem para promover o bem-estar e a dignidade do ser humano e não para acobertar a prática de maldades que possam ameaçar esses valores.¹³

Nesse sentido, o próprio STF já deixou registrado que:

A jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF) não é absoluto, **podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas.**¹⁴ (negrito nosso).

¹² Lembre-se que o STF, no caso conhecido como Ellwanger (HC nº 82.424/RS), expressamente reconheceu a prática de abuso do direito fundamental de liberdade de expressão em desfavor do paciente, aduzindo, nas partes mais pertinentes da respectiva ementa, o seguinte: *HABEAS-CORPUS*. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...]. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...]. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

¹³ MARMELSTEIN, 2013, p. 410-411.

¹⁴ Trecho da ementa relativa ao RHC 115983, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 02-09-2013 PUBLIC 03-09-2013. O Min. Celso de Mello, por sua vez, consignou, em outro julgado, que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”, no HC 70814, Relator(a): Min.

Esse mesmo entendimento – que reprime, de forma correta e justa, eventuais abusos cometidos pelos titulares de direitos fundamentais –¹⁵ não pode deixar de ser aplicado no caso de abusos eventualmente praticados pelo parlamentar ao externar suas opiniões, palavras e votos, ainda que o faça dentro do recinto do respectivo Parlamento, sob pena de se admitir a transformação de uma prerrogativa institucional em odioso e lamentável privilégio, pois, como se sabe, “o que a Constituição proíbe não é o tratamento diferenciado em si, mas o tratamento discriminatório destituído de justificativa constitucionalmente aceitável”.¹⁶

É bem verdade que o Min. Ayres Britto, em defesa de sua convicção pessoal e jurídica de que a imunidade parlamentar material ou inviolabilidade é absoluta, dentro dos muros da Casa Legislativa, chegou a pontuar que seria um mito acolhido pela própria Corte Suprema a inexistência de direitos absolutos na Constituição Federal.

Deveras, sua Excelência citou, para demonstrar seu argumento, os seguintes exemplos que desmitificariam essa concepção: o direito de o brasileiro nato não ser extraditado; o direito de não ser compelido a se filiar ou permanecer filiado; o direito de não sofrer pena cruel ou tratamento desumano;¹⁷ e o direito de a pena não passar da pessoa do delinquente.¹⁸

Ocorre, porém, que entre esses direitos fundamentais e a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar material há diferenças enormes de natureza jurídica que não podem ser ignoradas pelo intérprete constitucional, embora não tenham sido elas aventadas por qualquer outro integrante da Suprema Corte brasileira.

CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176 – PP-01136.

¹⁵ Vale a pena aqui ter em linha de consideração – porque de inteira aplicação no que se refere à imunidade parlamentar material – o adequado conceito de abuso de direito, evidenciado com base na doutrina portuguesa sobre o tema, assim registrado: “[...] por abuso de direito se entende o *exercício malicioso*, em fraude à lei ou de aproveitamento mal intencionado da disposição literal da norma como forma de se obterem ganhos injustificados decorrentes da proteção jusfundamental que, em verdade, não é devida porque os comportamentos em questão não são verdadeiramente protegidos pelo direito fundamental invocado. Daí que a limitação imanente com fundamento no abuso de direito se constitui em proibição do exercício malicioso do direito em hipóteses nas quais só aparentemente o comportamento é protegido pela norma jusfundamental, mas, percuientemente examinado o caso concreto, resulta possível perceber-se que os fins almejados são diversos daqueles protegidos pela norma jusfundamental em questão”. (destaque no original). In: FREITAS, 2007, p. 122.

¹⁶ MARMELSTEIN, 2013, p. 77. Por essa mesma razão, em certa oportunidade, o Min. Sepúlveda Pertence assim se manifestou: “Não creio que os princípios constitucionais mais eminentes – dentre os quais o da isonomia, que foi uma preocupação marcante da Constituição – nos autorizem a levar, numa interpretação puramente literal, a imunidade material a um verdadeiro estatuto pessoal do congressista, independentemente, por completo, de sua condição de mandatário político”. Trecho de seu voto proferido no Inq 1.710/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, unânime, Plenário, DJ de 28.06.2002.

¹⁷ Sobre o caráter absoluto do direito a não ser torturado, nem submetido a tratamento desumano ou degradante, checar a referência contida em FREITAS, 2007, p. 77. Como bem destacado por GARCIA (2015b, p. 383): “Ainda que se atribua natureza essencialmente principiológica aos direitos fundamentais, a proibição à tortura, por exemplo, é daqueles direitos a que se tem buscado atribuir contornos absolutos, o que decorre de sua extrema lesividade ao próprio âmago da dignidade humana”.

¹⁸ Exemplos expressamente citados pelo referido Ministro no Inq 2813/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2010, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00039, já mencionado neste artigo.

A primeira distinção reside na circunstância de que, em relação aos direitos fundamentais apontados pelo Min. Ayres Britto, o beneficiário da respectiva norma constitucional encontra-se sempre em uma posição passiva em relação a uma agressão de terceiros (incluído o Estado, na imposição de penas, por exemplo), a qual pode ser de natureza física, mental, psicológica ou simplesmente jurídica (como no caso da extradição de brasileiro nato), de modo que esse beneficiário nunca poderá abusar do direito conferido por essas normas, justamente porque a teleologia delas revela que sua única função é colocar a pessoa beneficiada a salvo dessas diversas agressões (sintonia total com o chamado núcleo essencial do princípio constitucional da dignidade humana).¹⁹

Já a imunidade parlamentar material, por outro lado, permite ao parlamentar que dela se beneficia a prática de abusos e agressões indevidas aos direitos fundamentais de terceiros,²⁰ porque lhe é possível assumir uma posição ativa capaz de atingir ilicitamente esses direitos, sempre que assim o fizer de forma absolutamente divorciada do exercício de seu mandato.

A segunda distinção entre essas diversas normas constitucionais parece residir na diferença que há entre uma regra e um princípio, espécies do gênero norma jurídica, tal como sustentado pelo doutrinador alemão Robert Alexy, nos seguintes termos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto,

¹⁹ Com a compreensão de que alguns direitos fundamentais, como a vedação à tortura, assumem contornos absolutos por estarem intimamente ligados ao conteúdo essencial da dignidade humana, razão pela qual possuem natureza de regra constitucional, cf. GARCIA, 2015a, p. 331 e 2015b, p. 381-384. Com visão similar, SILVA, 2014, p. 201-202, entende que: “[...] a dignidade [humana] segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a *própria constituição*, em normas com estrutura de *regra*, defina condutas *absolutamente* vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana” (itálicos no original).

²⁰ Isso foi expressamente reconhecido pelo Min. Celso de Mello, em voto proferido, ao dizer que: “[...] o exercício abusivo das prerrogativas parlamentares não traduz prática política legítima, pois o patrimônio moral das pessoas não pode expor-se a agressões irresponsáveis cometidas por membros do Poder Legislativo”. No Inq 1247/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/1998, DJ 18-10-2002 PP-00026 EMENT VOL-02087-01 PP-00075.

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²¹ (destaques no original).

Aplicando-se essa lição aos direitos de natureza absoluta mencionados pelo Min. Ayres Britto, percebe-se que eles têm uma nota especial em comum: a estrutura de regras e não de princípios. Como bem observado por GARCIA:

O fato de os direitos fundamentais serem geralmente enquadrados na categoria dos princípios constitucionais, exigindo a realização de um juízo de ponderação para a solução de colisões, não exclui a possibilidade de que a ordem constitucional venha a contemplá-los como verdadeiras regras, excluindo o seu caráter *prima facie* e lhes assegurando uma posição definitiva. (2015a, p. 331).²²

A norma de direito fundamental contida no art. 5º, LI, da Constituição Federal, por exemplo, conforme a qual nenhum brasileiro nato será extraditado é uma determinação definitiva no sentido de que sempre que se tratar de brasileiro nato não poderá ser concedida, jamais, a sua extradição, não comportando, portanto, nenhum questionamento quanto a uma eventual variação em sua satisfação, se maior ou menor, a depender dessa ou daquela situação fática ou jurídica. Ou seja, nessa hipótese, não há que se cogitar desse tipo de questionamento, pois o próprio constituinte estabeleceu uma posição jurídica definitiva em favor desse tipo de brasileiro.²³

O mesmo se pode afirmar quanto ao direito fundamental definido no art. 5º, XX, da mesma Constituição, segundo o qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Aqui, em se tratando do ser humano, esse tipo de constrangimento está absoluta e definitivamente afastado ou proibido por essa norma, não comportando a sua estrutura qualquer possibilidade de um grau maior ou menor de satisfação. O mesmo raciocínio vale para os outros dois direitos expressamente citados pelo Min. Ayres Britto, acima indicados.

²¹ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90-91.

²² Nesse sentido, o referido autor ainda cita (p. 331-332) o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, como claro exemplo de direito fundamental com caráter normativo de regra.

²³ O próprio STF já afirmou ser esse direito fundamental de natureza absoluta, sinalizando que se cuida de autêntica regra constitucional, nos seguintes termos: “[...] a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do *jus soli*, seja pelo critério do *jus sanguinis*, de nacionalidade brasileira primária ou originária”. Trecho do voto proferido pelo relator, Min. Celso de Mello, no HC-QO 81.113, j. 26.6.2003, DJ de 29.8.2003. Cf., ainda, MENDES, 2012, p. 357.

Aliás, o caráter absoluto da regra é destacado pelo próprio Alexy quando, mais adiante, naquela mesma obra, ele assevera que “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”.²⁴

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: “As regras, ao contrário dos princípios, expressam direitos e deveres definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”.²⁵

Pelo que se extrai da definição de princípios, por outro lado, verifica-se que as possibilidades jurídicas para a sua realização ou satisfação vão depender da presença ou não de outros princípios colidentes, que, por também reclamarem máximo grau de realização ou de satisfação, provocarão a necessidade de um sopesamento, a fim de que a solução para essa colisão de princípios alcance um resultado ótimo.

Na dicção de Virgílio Afonso da Silva: “Visto que para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.”²⁶

Em seguida, esse autor cita a liberdade de expressão como exemplo de princípio, consignando que ela:

[...] consiste, *prima facie*, na liberdade de exprimir o que se deseja por meio da forma que se deseja. Esse direito só pode ser um direito *prima facie*, já que não é difícil imaginar que o exercício dessa liberdade poderá colidir com outros direitos, principalmente com a honra e a privacidade. Em cada caso ou grupos de casos, aquele direito *prima facie* poderá revelar-se, então, menos amplo.²⁷

Ora, é muito fácil perceber que a imunidade parlamentar material está ligada justamente ao direito de liberdade de expressão do parlamentar,²⁸ no desempenho de seu mandato, porque objetiva tutelar (realizar ou satisfazer), no maior grau possível, as

²⁴ *Idem*. p. 113.

²⁵ *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003). p. 611.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Idem*. Nota de rodapé 14. p. 612.

²⁸ O Min. Celso de Mello asseverou, certa vez, que: “[...] a teleologia inerente à cláusula de inviolabilidade prevista no art. 53, *caput*, da Constituição da República revela a preocupação do constituinte de dispensar efetiva proteção ao congressista, em ordem a permitir-lhe, no desempenho das múltiplas funções que compõem o ofício parlamentar, o **amplo exercício da liberdade de expressão**, qualquer que seja o âmbito espacial em que concretamente se manifeste [...], desde que – cumpre insistir – as afirmações e os pronunciamentos emanados do membro do Poder Legislativo da União guardem conexão com o desempenho do mandato (prática *in officio*) ou tenham sido proferidos em razão dele (prática *propter officium*), conforme esta Suprema Corte tem assinalado em diversas decisões [...]”. Trecho de seu voto proferido no Inq 1937, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2003, DJ 27-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02141-03 PP-00482. (negrito nosso).

palavras, opiniões e votos do mandatário político, de maneira que essa prerrogativa possui, por isso mesmo, inequívoca natureza de princípio constitucional.²⁹

Em dezembro de 2015, esse aspecto foi expressamente ressaltado pela 1ª Turma do STF, ao consignar que:

A imunidade parlamentar é uma proteção adicional ao direito fundamental de todas as pessoas à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da Constituição. Assim, mesmo quando desbordem e se enquadrem em tipos penais, as palavras dos congressistas, desde que guardem alguma pertinência com suas funções parlamentares, estarão cobertas pela imunidade material do art. 53, *caput*, da Constituição [...]. Na sequência, ressaltou que a imunidade material conferida aos parlamentares não seria uma prerrogativa absoluta. Restringir-se-ia a opiniões e palavras externadas, dentro ou fora do recinto do Congresso Nacional, mas no exercício do mandato ou em razão dele.³⁰

Dáí porque é natural que essa inviolabilidade entre em rota de colisão, em diversos casos concretos, com os direitos fundamentais relativos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X, da Constituição Federal), os quais inegavelmente ostentam também a estrutura normativa de verdadeiros princípios.³¹

Havendo uma colisão desse tipo, será inevitável o recurso à técnica de sopesamento (e ao princípio da proporcionalidade) com o objetivo final de harmonizar ao máximo (concordância prática) a satisfação concomitante, sempre que possível, dos princípios colidentes.³²

Interessante notar que um grande esforço de harmonização entre a imunidade parlamentar material e o direito fundamental à honra é colhido de importante precedente do Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

CRIME CONTRA A HONRA – ELEMENTO SUBJETIVO – O DOLO
– INVOLABILIDADE PARLAMENTAR – RETORSÃO – ALCANCE.

²⁹ Para uma análise da liberdade de expressão na jurisprudência alemã, cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-tribunal-constitucional-federal>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

³⁰ Inq 4088/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1º.12.2015 e Inq 4097/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1º.12.2015, sendo que o trecho transcrito foi extraído do *Informativo STF* nº 810.

³¹ Por isso que “não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais” (MENDES, 2012, p. 35).

³² No que tange à eventual colisão da liberdade de expressão com outros valores ou princípios constitucionais, a doutrina já assentou que: “[...] não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar”. In: MENDES e BRANCO, 2013. p. 271.

Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, **compatibilizando valores de igual envergadura**. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no princípio constitucional da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio ao tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedente singular ao caso concreto. (Inq 1247/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/1998, DJ 18-10-2002 PP-00026 EMENT VOL-02087-01 PP-00075) (negrito nosso).

Nesse precedente, cuidava-se de uma queixa-crime ajuizada por um Deputado Federal em face de um Ministro de Estado, cuja honra havia sido intensa e abusivamente agredida pelo primeiro, em discurso proferido da tribuna da Câmara dos Deputados.

Como esse discurso estava blindado pela imunidade material – a despeito do expreso reconhecimento do abuso cometido pelo Deputado –, o Tribunal admitiu como legítima a defesa da própria honra, mediante retorsão exercitada pelo Ministro de Estado, em resposta que fez publicar em alguns veículos da imprensa nacional, poucos dias após o referido discurso parlamentar.

Fica evidente, nesse caso, a colisão entre a prerrogativa da imunidade parlamentar material e o direito fundamental à honra, bem como a tentativa do Tribunal de harmonizá-los da melhor forma possível, de tal modo que algum grau de satisfação pudesse alcançar ambos os princípios constitucionais.³³

Dessarte, o Min. Ayres Britto, com a devida vênia, equivocou-se ao equiparar a natureza jurídica dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, por ele mencionados naquele voto acima referido, à norma constitucional que prevê e consagra a imunidade parlamentar material, para efeito de considerar esta como uma norma de igual caráter absoluto.

Como visto, as primeiras são regras,³⁴ enquanto que a segunda, relativa à imunidade parlamentar material, constitui autêntico princípio, desprovida, por isso mesmo, de qualquer conotação absoluta.³⁵

³³ Conforme ressaltado por MENDES (2012, p. 95): “[...] no processo de ponderação não se atribui primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação”.

³⁴ Assim: “[...] se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo [ou seja, absoluto] e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto” (SILVA, 2014, 45).

³⁵ Embora não apresentando os fundamentos contidos no presente trabalho, o Min. Joaquim Barbosa teve o ensejo de registrar que: “é cediço que a imunidade material não se reveste de caráter absoluto, e

3. Conclusão

Por conseguinte, em decorrência de todos os argumentos acima apresentados, torna-se imperioso concluir que o entendimento atualmente prevalecente no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a imunidade parlamentar material é absoluta quando o seu objeto de tutela for exercido dentro dos muros da Casa Legislativa, deve ser revisto e alterado o mais breve possível, porque constitui, na realidade, um grau absurdo e inaceitável de reverência à sede do Poder Legislativo, conferida sob o alto e perigoso preço do aniquilamento de importantes direitos fundamentais do ser humano, especialmente os que estão consagrados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Curioso notar que o próprio Min. Celso de Mello – atualmente adepto da posição ora questionada –, asseverou, mais recentemente, que não se pode afastar a atuação da Corte Suprema quanto ao exame e tutela de eventual lesão a direito fundamental, sob a simples alegação de que o ato questionado reveste-se de natureza meramente política ou *interna corporis*. Para ele:

É antiga, porém ainda revestida de inegável atualidade, a advertência de RUI BARBOSA, para quem “A violação de garantias individuais perpetrada à sombra de funções políticas não é imune à ação dos Tribunais” (grifei).

É por esse motivo que a questão deixa de ser política, quando há um direito subjetivo ou um princípio constitucional a ser amparado, tal como decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Baker v. Carr* (1962) [...].

É imperioso assinalar, portanto, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados pelas Casas legislativas – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, **como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por estatutos meramente regimentais ou pelo suposto caráter “interna corporis” do ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.**

está sujeita a algumas limitações”. Trecho de seu voto proferido no Inq 2134, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 02-02-2007 PP-00074 EMENT VOL-02262-02 PP-00241 LEXSTF v. 29, nº 339, 2007, p. 510-523. O Min. Celso de Mello, por sua vez, já afirmou que: “[...] a garantia da inviolabilidade, que decorre da cláusula de imunidade parlamentar em sentido material, não se mostra absoluta [...], nem se estende a qualquer declaração do congressista, pois o alcance normativo do preceito constitucional em referência abrange, unicamente, as manifestações vinculadas ao exercício do mandato legislativo ou feitas em razão deste, tal como adverte, em correto magistério, MICHEL TEMER [...]”. Trecho de seu voto proferido no Inq 1937, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2003, DJ 27-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02141-03 PP-00482.

Irrecusável, desse modo, que a índole política dos atos parlamentares não basta, só por si, para subtraí-los à esfera de controle jurisdicional, eis que sempre caberá a esta Suprema Corte, mediante formal provocação da parte lesada, o exercício da jurisdição constitucional, que lhe é inerente, **nos casos em que se alegue ofensa, atual ou iminente, a um direito individual, pois nenhum Poder da República tem legitimidade para desprezeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos.**³⁶ (negrito nosso).

Como destacado pela doutrina: “[...] a missão por excelência das Cortes Constitucionais é a defesa dos direitos fundamentais e das regras do regime democrático, mais do que a mera guarda ritualística e asséptica das regras previstas na Constituição”.³⁷

Nesse contexto, é sempre necessário ter em mente a judiciosa advertência do Min. Celso de Mello, quanto à relevância do STF no quadro político e jurídico-institucional do país:

Já o disse, certa vez, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se esta Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.³⁸

Enfim, para que não fiquem gravemente comprometidos os direitos fundamentais elencados no art. 5º, X, de nossa Constituição de 1988, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal faça – também a propósito da suposta incidência da imunidade

³⁶ Trechos da decisão monocrática proferida nos autos do MS 34064 MC/DF, impetrado pelo então Senador da República Delcídio do Amaral, sob a alegação, em síntese, de que o processo de cassação de seu mandato parlamentar, aberto no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, não estava respeitando, no seu trâmite, os seus direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa. Essa decisão encontra-se transcrita, em seu inteiro teor, no *Informativo STF* nº 818, de 14 a 18 de março de 2016.

³⁷ BINENBOJM, 2010, p. 140. Em igual sentido, após fazer a distinção entre ativismo e autocontenção judicial, o Min. Roberto Barroso, em sede doutrinária, chegou à seguinte conclusão: “Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”. In: BARROSO, 2012, p. 377.

³⁸ Trecho do discurso por ele proferido por ocasião da posse do Min. Gilmar Mendes na presidência do STF, em 23.04.2008, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

parlamentar material, mesmo nas hipóteses em que as manifestações de pensamento do parlamentar ocorram dentro do recinto de sua Casa Legislativa – o imprescindível exame do nexo de causalidade (por mínimo que seja) entre tais manifestações (opiniões, palavras e votos) e o exercício de seu respectivo mandato popular.³⁹

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

³⁹ Seria o resgate da antiga jurisprudência da Corte, evidenciada, por exemplo, na seguinte ementa: QUEIXA-CRIME. AGRAVO REGIMENTAL. PARLAMENTAR. DISCURSO PROFERIDO NA TRIBUNA DO SENADO FEDERAL. IMUNIDADE MATERIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. 1. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, desde que guardem nexo de causalidade com o exercício da atividade legislativa. No caso, o pronunciamento foi realizado na Tribuna do Senado Federal. O conteúdo foi de natureza eminentemente política. As manifestações estão compreendidas na esfera de proteção da imunidade material. 2. [...] No caso, a queixa-crime é incabível. Por isso, foi negado seguimento. 3. Agravo regimental improvido. (Inq 1775 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2001, DJ 21-06-2002 PP-00096 EMENT VOL-02074-01 PP-00115 RTJ VOL-00191-02 PP-00448). Na mesma linha: RE 226643, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 20-08-2004 PP-00059 EMENT VOL-02160-02 PP-00377 RF v. 101, nº 378, 2005, p. 259-263; Inq 1937, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2003, DJ 27-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02141-03 PP-00482; Inq 1400 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2002, DJ 10-10-2003 PP-00021 EMENT VOL-02127-01 PP-00020 RTJ VOL-0188-01 PP-00411; Inq 655, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2002, DJ 29-08-2003 PP-00020 EMENT VOL-02121-01 PP-00105; HC 81730, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 01-08-2003 PP-00140 EMENT VOL-02117-42 PP-09011 e HC 74125, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 03/09/1996, DJ 11-04-1997 PP-12186 EMENT VOL-01864-04 PP-00819. *Note-se que esse resgate tem dado sinais de efetiva ocorrência, conforme se pode perceber dos seguintes precedentes firmados na final de 2015 e no primeiro semestre de 2016*: Inq 4088/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1º.12.2015; Inq 4097/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1º.12.2015; Inq 3932/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016 e Pet 5243/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 21.6.2016, todos da 1ª Turma do STF. Nesses dois últimos, noticiados no *Informativo STF* nº 831, registrou-se que: “[...] a garantia constitucional da imunidade material protege o parlamentar, qualquer que seja o âmbito espacial em que exerça a liberdade de opinião, sempre que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela. Para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação em CPI ou em órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, de organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática. Consequentemente, não há como relacionar ao desempenho da função legislativa, ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar, as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um parlamentar” (grifo nosso).

_____. *Interpretação constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A liberdade de expressão nos entendimentos do Tribunal Constitucional Federal*. In: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-tribunal-constitucional-federal>. Acesso em: 08 abr. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Aspectos Afetos ao Controle Interno das Atividades do Procurador-Geral de Justiça

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. O Controle no Estado de Direito. 3. Potencialidades do Controle Interno das Atividades do Procurador-Geral de Justiça. 3.1. O Controle Realizado pelo Colégio de Procuradores de Justiça. 3.1.1. Proposta de Destituição do Procurador-Geral de Justiça. 3.1.2. Julgamento de Recurso contra Decisão Condenatória em Processo Disciplinar. 3.1.3. Revisão do Arquivamento de Investigação Criminal. 3.2. O Controle Realizado pelo Conselho Superior do Ministério Público. 3.3. O Controle Realizado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público. Epílogo.

1. Aspectos Introdutórios

Não é exagero afirmar que um dos grandes legados oferecidos pelas construções teóricas que apregoam uma gestão plúrima do poder estatal, como aquelas desenvolvidas por Aristóteles, Locke e, principalmente, Montesquieu, reside na criação de mecanismos que assegurem o exercício moderado do poder e contenham o totalitarismo.¹ Aliás, essa é a melhor forma de evitar o surgimento dessa verdadeira chaga estrutural, sendo alcançada pela contenção do poder pelo próprio poder. É necessária a existência de uma relação circular entre as distintas estruturas autônomas de poder, de modo que cada estrutura atue, a um só tempo, como controladora e controlada, observado, sempre, o *modus operandi* previsto na ordem jurídica.

No extremo oposto à concentração do poder, que traz consigo a semente indesejada do arbítrio, tem-se a sua divisão, que pode assumir distintas feições. Não é incomum adotar-se um critério científico-funcional ou jurídico, indicativo das características essenciais das funções desempenhadas pelos distintos órgãos; um critério técnico-organizativo, que trata da repartição das funções entre os órgãos existentes, que também tem por objetivo assegurar a maior eficiência entre as instituições; ou mesmo um critério político, com o fim de garantir a satisfação dos

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

¹ Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*). Trad. de COUTINHO, Karin Praefke-Aires. Coordenação de CANOTILHO, J. J. Gomes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383.

interesses de determinada instância social.² Entre essas classificações, as mais estudadas são aquelas afetas às divisões funcional e orgânica do poder, que dizem respeito, respectivamente, à essência do poder exercido e a quem o exerce.

Numa perspectiva científico-funcional, principia-se com a análise da essência do poder, concebido em sua unidade estrutural e, num segundo momento, são compartimentados os seus aspectos essenciais. Portanto, além de o Estado possuir um amplo poder no interior do seu território, sendo esta a essência da teoria da soberania estatal – embora não sejam ignoradas as inúmeras vicissitudes por que tem passado no mundo contemporâneo –, esse poder é cientificamente divisível em função legislativa, a quem compete a formação do direito (*rule making*) e em funções executiva e judicial, que realizam o direito (*law enforcement*), esta última em caráter definitivo.

Já sob a perspectiva orgânica, a análise é direcionada aos órgãos que exercerão as distintas funções estatais, daí decorrendo a possibilidade de a divisão ser analisada sob um prisma horizontal ou vertical. É justamente sob a perspectiva orgânica, com o exercício das funções estatais por distintas estruturas de poder, as quais, embora autônomas, mostrem-se convergentes em relação à realização do bem comum, controlando-se reciprocamente, que se torna possível a contenção do poder e o primado da juridicidade. Na divisão horizontal, as diferentes estruturas de poder estão em uma posição de igualdade, relacionando-se na forma e nas matérias previstas na ordem jurídica. É o que ocorre, no sistema brasileiro, com os denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, isso sem olvidar as estruturas autônomas reconhecidas pela ordem constitucional, que são o Tribunal de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Na divisão vertical, é possível direcionarmos nossa atenção, em um primeiro momento, às relações mantidas entre o Estado e os particulares, o que exigirá a análise do potencial expansivo dos atos estatais quando cotejados com a esfera jurídica das pessoas em geral. Em um segundo momento, as atenções se voltam à existência de uma divisão de competências entre distintas unidades territoriais de poder, característica insita à forma composta de Estado, sendo múltiplas as vertentes que pode assumir.³ Sob esta última ótica, embora seja exato afirmar inexistir hierarquia entre os entes federativos, é relativamente comum que os entes maiores possam editar padrões normativos vinculantes para os entes que se encontrem em seu território.

O Ministério Público, em razão da autonomia que lhe foi outorgada pela ordem constitucional, desempenha um relevante papel na preservação do equilíbrio do sistema, isso ao zelar pelo primado da juridicidade, evitando seja ela vilipendiada por atores públicos ou privados. Ocorre que também o Ministério Público foi estruturado de modo a evitar que a concentração de poder possa desaguar no arbítrio, risco

² Cf. BASSI, Franco, *Il Principio della Separazione dei Poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 1, 1965, p. 17 (18).

³ Cf. STARCK, Christian; SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed., München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 64.

sempre latente ao lembrarmos que a Instituição é dirigida, monocraticamente, por seu Procurador-Geral, de Justiça ou da República.

O objetivo destas breves linhas é o de analisar a essência e a funcionalidade do controle exercido no âmbito das estruturas estatais de poder e, a partir daí, os mecanismos de controle interno que se projetam sobre as atividades do Procurador-Geral de Justiça.

2. O Controle no Estado de Direito

De modo correlato à própria concepção de Estado Democrático de Direito, tem-se a necessidade de serem estabelecidos mecanismos de controle da atividade estatal, sempre com o objetivo de mantê-la adstrita às fronteiras de sua legitimidade. Não é demais lembrar que o significativo *controle* carece de purismo vernacular, caracterizando-se como um neologismo que não encontra correspondência exata na língua portuguesa. Controle deriva do francês *contrôle*, contração de *contrerole*, indicando um registro feito em duplicidade.⁴ Além desse significado base, é largamente empregado pelos publicistas no sentido de verificação, revisão, fiscalização e sindicância. É nesse sentido que o utilizamos, pois não seria coerente repudiarmos um vocábulo há muito sedimentado na doutrina especializada.

Sob a epígrafe do *controle* devem ser enquadrados todos os mecanismos utilizados na fiscalização e na correção da atividade desempenhada pelas estruturas de poder existentes no Estado de Direito. O *controle*, que deve manter-se adstrito aos limites da lei e da Constituição, pode sofrer inúmeras classificações. Sob o prisma do controlador, é possível analisarmos o controle conforme a sua (1) posição e (2) natureza. No que diz respeito à atividade desenvolvida, a análise pode ser direcionada (3) à sua natureza, (4) ao seu objeto e (5) à amplitude do controle.⁵

Principiando pela posição do controlador, é possível que esteja inserido na mesma estrutura do órgão controlado ou ser estranho a ela. No primeiro caso, fala-se em controle interno, no segundo, em contorno externo. Interno é o controle que encontra o seu alicerce de sustentação na autonomia existencial de uma dada estrutura estatal e no princípio hierárquico. Enquanto a autonomia indica a capacidade de se direcionar de acordo com suas próprias decisões, a hierarquia direciona o processo de formação dessas decisões. A atuação dos órgãos internos observa a divisão de competências no âmbito da respectiva estrutura estatal, podendo manter entre si uma "*relação de equiordenação, supra ou infra-ordenação*";⁶ o que significa dizer que podem estar horizontalizados (v.g.: a auditoria interna normalmente não tem qualquer ascendência hierárquica sobre os órgãos controlados) ou verticalizados (v.g.: o chefe de um órgão deve exercer controle constante sobre os seus subordinados),

⁴ Cf. DUBOIS, J.; MITTERAND, H.; DAUZART, A. *Dictionnaire d'étymologie*. Paris: Larousse, 2004, p. 182.

⁵ Cf. GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle, in: *Boletim de Direito Administrativo* nº 7, ano XXX, julho de 2014, p. 737.

⁶ OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 33.

nesse último caso, com a existência de uma hierarquia entre eles. É factível que o controle interno pode ser exercido por ambos.

Quando o controle é realizado por órgãos verticalizados, o órgão supraordenado pode rever ou anular os atos praticados pelo órgão infraordenado. Em se tratando de órgãos horizontalizados, a função primordial do órgão “*equiordenado*” normalmente será a de detectar a injuridicidade e, ato contínuo, provocar o órgão supraordenado, que valorará os argumentos apresentados e decidirá pela anulação ou revogação do ato. Órgãos dessa natureza estão previstos no art. 74 da Constituição de 1988. Sua atuação, ademais, pode ser provocada por qualquer pessoa, já que a ordem constitucional, em seu art. 5º, XXXIV, *a*, assegurou a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Diversamente do controle interno, ontologicamente amplo, o controle externo, que encontra sua gênese na divisão das funções estatais, é necessariamente restrito, somente se desenvolvendo nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. A justificativa decorre da constatação de que o controle externo comprime a autonomia da estrutura controlada, somente podendo ser desenvolvido nos estritos limites da ordem jurídica.

Ao avançarmos da posição ocupada pelo órgão controlador para a sua natureza jurídica, vamos aportar na divisão tripartite do poder tão bem sistematizada por Montesquieu, que apregoa a existência das funções administrativa, legislativa e judiciária. Portanto, a estrutura do órgão de controle há de ser enquadrada numa dessas vertentes. À guisa de ilustração, os Tribunais de Contas e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público exercem atividade tipicamente administrativa.

À classificação bipartida dos órgãos controlados, soma-se, como dissemos, a classificação tripartida da atividade desenvolvida.

Quanto à natureza da atividade desenvolvida, uma vez mais nos socorreremos da sistematização oferecida por Montesquieu. Quando pensamos em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é evidente que esse designativo está associado à atividade fim desenvolvida por certas estruturas de poder. Portanto, com escusas pela tautologia, é possível dizermos que o Legislativo legisla, o Executivo administra e o Judiciário julga. Por outro lado, também é evidente que cada uma dessas estruturas contará com uma organização interna que viabiliza o seu funcionamento e que pratica atos essencialmente administrativos, podendo revê-los ou revogá-los. Considerando que o controle interno decorre das noções de autonomia existencial e hierarquia administrativa, é possível concluir que ele sempre terá natureza administrativa. Em relação ao controle externo, muitas controvérsias surgirão. O Executivo, ainda que seus atos assumam um viés político (*v.g.*: com o veto a projeto de lei aprovado pelo Legislativo), sempre praticará atos de natureza administrativa no âmbito das atividades de controle. O Judiciário, do mesmo modo, ao apreciar os atos praticados pelas demais estruturas de poder, sempre emitirá, no exercício desse controle externo, provimentos de natureza jurisdicional. O Poder Legislativo, por sua vez, ao exercer o controle externo, também pratica atos de natureza administrativa e jurisdicional. É o que ocorre com a competência para fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder

Executivo, incluídos os da administração indireta (CR/1988, art. 49, X), e para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CR/1988, arts. 51, I e 52, I). Especificamente em relação ao controle externo realizado por órgãos constitucionalmente autônomos (v.g.: Tribunais de Contas e Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público), os atos praticados sempre terão natureza administrativa, isso em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Quanto ao objeto do controle, é possível afirmar que ele sempre será um ato praticado pelo órgão controlado. Em se tratando de controle interno, o objeto será um ato administrativo, unilateral ou não: será inicialmente cotejado com a juridicidade, o que pode resultar na sua anulação e, em tendo sido praticado com base no poder discricionário, será reavaliada a sua conveniência e oportunidade, podendo, inclusive, ser revogado. Essa competência, na medida em que lastreada no princípio hierárquico, há de ser exercida por um órgão supraordenado. No que diz respeito ao controle externo, a divisão das funções estatais e a autonomia funcional assegurada a certas estruturas de poder, como o Ministério Público, indicam que ele não poderá recair sobre os atos tipicamente funcionais, que refletem a atividade fim da estrutura estatal controlada. Essa regra, à evidência, estará sujeita às exceções contempladas pela Constituição, que não são poucas. À guisa de ilustração, observa-se que as leis aprovadas pelo Poder Legislativo estão sujeitas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário (arts. 97, 102, I, a e 125, § 2º) e os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar podem ser sustados pelo Legislativo (art. 49, V).

Por fim, quanto à amplitude, tem-se uma distinção substancial em relação ao potencial expansivo do controle interno e do controle externo, os quais apresentam sensíveis distinções quando cotejados entre si. Enquanto o primeiro é ontologicamente amplo, sendo intuitiva a conclusão de que a própria estrutura estatal deve delinear a sua vontade final, o segundo é necessariamente restrito. Afinal, caminha em norte contrário à divisão das funções estatais e à autonomia que a ordem constitucional assegurou a certas estruturas de poder. Em verdade, controle externo amplo e irrestrito é a antinomia suprema a qualquer referencial de independência e autonomia existencial.

O controle externo, como limitador da independência e da autonomia, somente pode se desenvolver com observância dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. E, aqui, o padrão sistêmico encampado pela ordem constitucional brasileira se baseia na dicotomia existente entre juridicidade e liberdade valorativa: a primeira é da essência do Estado de Direito, cujo primado não pode ser tergiversado; a segunda, por sua vez, reflete, em toda a sua intensidade, a autonomia das estruturas controladas, não podendo sofrer qualquer limitação pelo controlador.

3. Potencialidades do Controle Interno das Atividades do Procurador-Geral de Justiça

O cargo de Procurador-Geral de Justiça possui estatura constitucional. A Constituição de 1988, nos §§ 3º a 5º do seu art. 127, dispôs, respectivamente, sobre

a forma de escolha desse agente, o órgão competente para destituí-lo e o poder de iniciativa legislativa que lhe foi atribuído.

O Procurador-Geral de Justiça, como está implícito no texto constitucional e expresso no art. 10, I, da Lei nº 8.625/1993, é o chefe do Ministério Público. A partir dessa constatação, pode-se afirmar que esse agente está no ápice do escalonamento hierárquico, o que significa dizer que inexistente outro órgão administrativo acima dele. Na medida em que os mecanismos de controle interno recebem influência direta do princípio hierárquico, suas decisões administrativas, à míngua de órgão superior, seriam conceitualmente insuscetíveis de revisão no âmbito interno. Apesar da obviedade dessa conclusão, não podemos esquecer que a Lei nº 8.625/1993, em seu art. 5º, dispôs sobre a existência de uma “Administração Superior” no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, o que implica na existência de certa equidistância entre seus órgãos, que são a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e a Corregedoria-Geral do Ministério Público.

A harmonização possível entre Chefia monocrática e Administração Superior plúrima há de ser encontrada de modo semelhante à relação entre regra e exceção. Em outras palavras, as manifestações do Procurador-Geral de Justiça assumirão caráter definitivo, excepcionadas, apenas, aquelas situações em que a ordem jurídica atribua alguma função de controle aos demais órgãos da Administração Superior. Essa conclusão, aliás, é quase que intuitiva, decorrendo de uma interpretação sistêmica dos princípios hierárquico e da legalidade: de acordo com o primeiro, uma autoridade superior não pode ser contrastada por outra inferior; a segunda, por sua vez, indica que, no âmbito das estruturas estatais de poder, cada órgão somente pode exercer as competências previstas na ordem jurídica.

Com os olhos voltados à sistemática da Lei nº 8.625/1993, analisaremos que tipo de controle pode ser realizado, sobre as atividades do Procurador-Geral de Justiça, pelos demais órgãos que integram a Administração Superior do Ministério Público. O objetivo é verificar a potencialidade do controle dos atos já praticados, não as situações em que haja a necessária participação de mais de um órgão da Administração Superior no aperfeiçoamento do ato. Nas linhas que seguem, reproduziremos, em seus contornos gerais, as estruturas argumentativas apresentadas em obra específica dedicada ao estudo do Ministério Público.⁷

3.1. O Controle Realizado pelo Colégio de Procuradores de Justiça

As atribuições do Colégio de Procuradores de Justiça estão descritas no art. 12 da Lei nº 8.625/1993. Entre elas, podem ser consideradas verdadeiras atividades de controle, que recaem sobre atos do Procurador-Geral de Justiça, aquelas descritas nos incisos IV, VIII, *b* e XI, que versam, respectivamente, sobre a competência do colegiado para:

⁷ Vide GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Propor ao Poder Legislativo a destituição do Procurador-Geral de Justiça, pelo voto de dois terços de seus membros e por iniciativa da maioria absoluta de seus integrantes em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo, assegurada ampla defesa"; "julgar recurso contra decisão: (...) b) condenatória em procedimento administrativo disciplinar"; e "rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária.

Como se constata, uma das atribuições outorgadas ao colegiado, a de julgar recurso contra decisão condenatória em procedimento administrativo disciplinar, configura exceção expressa ao princípio hierárquico. Em outras palavras, apesar de o Procurador-Geral de Justiça ser o Chefe da Instituição, sua decisão não é definitiva. Acresça-se que também a proposta de destituição desse agente, endereçada ao Poder Legislativo, não se compatibiliza com a pureza do princípio hierárquico.

3.1.1 Proposta de Destituição do Procurador-Geral de Justiça

Compete às Assembleias Legislativas, na forma prevista na lei orgânica estadual, deliberar, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a destituição do Procurador-Geral (CR/1988, art. 128, § 4º). O art. 12, IV, da Lei nº 8.625/1993, por sua vez, autorizou que o Colégio de Procuradores, pelo voto de dois terços de seus membros, após iniciativa da maioria absoluta dos seus integrantes, propusesse ao Poder Legislativo a destituição do Procurador-Geral. A proposta poderá ser formulada sempre que detectado abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo. Nada impede que a lei complementar estadual, além de disciplinar o procedimento a ser seguido para a destituição, disponha sobre outras condutas que podem motivá-la ou mesmo restrinja a atuação da Assembleia Legislativa às hipóteses já contempladas no art. 12, IV. Poderá, ainda, condicionar a deflagração do processo de destituição à provocação do Colégio de Procuradores ou mesmo prever outros mecanismos, inclusive situando a matéria integralmente no âmbito do Poder Legislativo, admitindo-se a sua deflagração de ofício.

Infringe o art. 128, § 4º, da Constituição da República ("Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva") dispositivo de Constituição Estadual que dispõe sobre a exoneração do Procurador-Geral antes do término de seu mandato, já que a matéria é reservada à lei complementar.⁸ Do mesmo modo, é formalmente inconstitucional o art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.625/1993

⁸ STF, Pleno, ADI-MC n. 2.436-PE, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 30/05/2001, *Inf.* nº 230.

(lei ordinária), ao dispor sobre a destituição, matéria que a Constituição reservou à lei complementar, em especial quanto ao *quorum* exigido no âmbito da Assembleia Legislativa para a deflagração do respectivo processo. Além disso, é importante observar que referido preceito não autorizou a destituição do Procurador-Geral pelo Colégio de Procuradores, já que o art. 128, § 4º, da Constituição conferiu essa atribuição ao Poder Legislativo, relegando à lei complementar, unicamente, a disciplina da forma em que tal se daria. Não autorizou, assim, a ampliação do rol de órgãos legitimados a decidir sobre a destituição do cargo. Cabe ao Colégio de Procuradores, unicamente, propor à Assembleia Legislativa a destituição do Procurador-Geral (art. 12, IV, da Lei nº 8.625/1993: nos casos de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo), podendo o órgão legislativo acolher, ou não, a proposição.

Segundo o art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.625/1993, que, como dissemos, é formalmente inconstitucional, devendo a matéria ser regulada pela lei complementar estadual, o processo de destituição deverá observar uma complicada tramitação: a) iniciativa do Colégio de Procuradores, o que pressupõe que a proposta seja apresentada pela maioria absoluta de seus integrantes e votada por dois terços de seus membros (art. 12, IV, da Lei nº 8.625/1993); b) acolhimento da proposta por um terço dos membros da Assembleia Legislativa, com a consequente autorização de abertura do respectivo processo; e c) após regular tramitação do processo, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório, a destituição exige o voto da maioria absoluta do órgão legislativo (art. 128, § 4º, da CR/1988).

Sem prejuízo do vício de inconstitucionalidade já apontado, o sistema encampado pela Lei Orgânica Nacional não limita a deflagração do processo de destituição do Procurador-Geral à prévia autorização do Colégio de Procuradores, cabendo à lei complementar estadual dispor a esse respeito. A nosso ver, fazer referência à iniciativa do Colégio de Procuradores não guarda similitude com a vedação, ainda que implícita, de que igual iniciativa seja atribuída à Assembleia Legislativa. Apesar disso, caso a lei estadual permaneça silente em relação a essa possibilidade, ou limite-se a repetir a redação do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.625/1993, somente o Colégio de Procuradores deterá o poder de iniciativa. Tal conclusão deflui do art. 128, § 4º, da Constituição da República, pois, ao mesmo tempo em que concentrou na Assembleia Legislativa o poder de decisão do processo de destituição, remeteu à lei estadual a regulamentação da forma em que tal se daria. Assim, silente a lei estadual, não será possível, em detrimento do princípio do devido processo legal, presumir tal legitimidade.

3.1.2. Julgamento de Recurso contra Decisão Condenatória em Processo Disciplinar

O poder disciplinar, exercido no âmbito de cada estrutura estatal de poder, é uma das manifestações mais lícitas do poder hierárquico. Afinal, praticada a infração disciplinar, caberá a uma autoridade superior, com estrita observância do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicar

a sanção cabível. No âmbito do Ministério Público, esse poder será integralmente exercido pelo Procurador-Geral de Justiça em relação aos servidores da Instituição e será partilhado com o Corregedor-Geral do Ministério Público, em se tratando de Procuradores e Promotores de Justiça, nos termos da respectiva lei orgânica, tal qual dispõem os arts. 10, XI e 17, V e VI, da Lei nº 8.625/1993.

Em rigor lógico, na medida em que o Procurador-Geral de Justiça está no ápice do escalonamento funcional, o juízo valorativo por ele realizado, no exercício do poder disciplinar, haveria de assumir contornos definitivos. Apesar dessa constatação, a Lei nº 8.625/1993, em seu art. 12, VIII, *b*, atribuiu, ao Colégio de Procuradores de Justiça, a atribuição de julgar recurso contra decisão condenatória. Com isso, tem-se uma evidente ruptura dos referenciais dogmáticos afetos ao princípio hierárquico, que foi implementada pelo único instrumento adequado à realização desse objetivo: a lei.

Apesar dos amplos termos do art. 12, IX, da Lei nº 8.625/1993, que se refere à atribuição do Colégio de Procuradores para “decidir sobre pedido de revisão de procedimento administrativo disciplinar”, uma interpretação sistemática permite concluir que somente as decisões condenatórias podem ser revistas pelo Colégio de Procuradores, não as absolutórias. Com efeito, como estaria o Colégio de Procuradores autorizado a rever uma decisão absolutória se sua competência recursal está limitada ao exame das decisões condenatórias (art. 12, VIII, *b*)? A revisão, como se sabe, se situa em momento posterior à instância recursal. Nada impede, no entanto, que a lei orgânica estadual disponha sobre essa possibilidade.

3.1.3. Revisão do Arquivamento de Investigação Criminal

De acordo com a ordem jurídica brasileira, existem certas autoridades que devem ser originariamente julgadas por Tribunais nas infrações penais que venham a praticar. Nesse caso, tanto os atos de investigação como o início da persecução penal ficarão a cargo do Chefe do Ministério Público ou de agente que aja por delegação sua. Tratando-se de atos de investigação, que se situam na esfera funcional, não propriamente no plano administrativo, o que afasta a incidência do princípio hierárquico, o seu arquivamento, pela Chefia Institucional, é suscetível de revisão pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

A redação do art. 12, XI, da Lei nº 8.625/1993 não deixa margem a dúvidas no sentido de que o Colégio de Procuradores somente atua como instância revisora dos atos praticados pelo Procurador-Geral em estando presentes dois requisitos: a) trate-se de matéria de natureza penal (*v.g.: notitia criminis*, representação, conclusões de CPLs etc.); e b) a atribuição originária seja do Procurador-Geral. Esse preceito deve ser interpretado em harmonia com os incisos V e VII do art. 29 da Lei nº 8.625/1993, que dispõem, respectivamente, sobre a atribuição do Procurador-Geral para ajuizar a ação penal de competência originária dos Tribunais e sobre o poder de determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial em se tratando de matéria de sua atribuição.

Em virtude dos limites iminentes a essa sistemática de controle interno, não será admissível a revisão dos atos praticados pelo Procurador-Geral com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal, já que, nesse caso, esse agente não possui atribuição originária para a deflagração da ação penal. Também não é do Colégio de Procuradores de Justiça a atribuição para homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil ou as correspondentes peças de informação. Neste último caso, a atribuição será do Conselho Superior do Ministério Público (art. 30 da Lei nº 8.625/1993 e art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985).

Conforme a regra do art. 12, XI, nas matérias de atribuição originária do Procurador-Geral, caberá a órgão do próprio Ministério Público a aferição da regularidade, ou não, do arquivamento de qualquer arrazoado que verse sobre a prática de infração penal, sendo afastada a anômala intervenção do Poder Judiciário.

3.2 O Controle Realizado pelo Conselho Superior do Ministério Público

As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público, em sua quase totalidade, têm natureza administrativa, estando previstas no art. 15 da Lei nº 8.625/1993. A única função característica de órgão de execução outorgada ao Conselho Superior pela Lei Orgânica Nacional consiste na atribuição, prevista em seu art. 30, de “rever o arquivamento de inquérito civil, na forma da lei”. Promovido o arquivamento do inquérito civil pelo órgão com atribuição, cabe ao Conselho Superior, tão logo o receba, homologar a promoção de arquivamento, determinar a realização de diligências suplementares ou, em havendo elementos suficientes à propositura da ação, rejeitar o arquivamento e instar o Procurador-Geral de Justiça a designar outro membro da Instituição para que o faça, tal qual previsto no art. 10, IX, *d*. Idêntico procedimento deve prevalecer em se tratando de peças de informação ou de procedimentos administrativos que tenham finalidade idêntica ao inquérito civil, dele destoando unicamente pela designação.

A atribuição do Conselho Superior é ampla e inafastável, sendo irrelevante a posição ocupada pelo órgão responsável pela promoção de arquivamento no escalonamento funcional. Assim, mesmo o Procurador-Geral de Justiça, nas matérias de sua atribuição originária, previstas no art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/1993, deve submeter as promoções de arquivamento ao Conselho Superior; caso não o faça, este órgão poderá avocar o respectivo procedimento. Se o Procurador-Geral deixar de encaminhar ao Conselho o arquivamento que promoveu e o colegiado abster-se de avocar o respectivo procedimento, mesmo depois de provocado, ter-se-á a violação do princípio da legalidade, o que decorre da flagrante inobservância da sistemática legal afeta ao arquivamento do inquérito civil. Como a matéria se situa na esfera administrativa, possível será que os órgãos com atribuição para o controle externo da Administração Pública (*rectius*: as Promotorias de Justiça) ajuízem as medidas cabíveis com o fim de ver declarada a nulidade do arquivamento promovido pelo Procurador-Geral e, como parte de um ato complexo (ou composto, conforme a corrente acolhida), tornar incontroverso o dever do Conselho Superior em deliberar sobre a sua homologação.

Todas as leis que preveem a possibilidade de instauração de inquérito civil dispõem sobre a atribuição do Conselho Superior de homologar o arquivamento promovido: art. 9º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), art. 6º da Lei nº 7.853/1989 (Lei de Proteção à Pessoa Portadora de Deficiência), art. 3º da Lei nº 7.913/1989 (Lei de Proteção aos Investidores no Mercado de Valores Mobiliários), art. 223 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 92, § 2º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Cabe à lei complementar estadual ou ao próprio regimento interno do órgão regulamentar os critérios de distribuição, a tramitação do procedimento, bem como os requisitos e os legitimados a pleitear a revisão de suas deliberações, nos casos de erro de fato ou de direito.

Como se percebe, o Conselho Superior do Ministério Público não tem atribuição para controlar qualquer atividade administrativa desenvolvida pela Chefia Institucional.

3.3. O Controle Realizado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público

A Corregedoria-Geral do Ministério Público, como órgão da Administração Superior da Instituição⁹, tem a atribuição precípua de orientar e fiscalizar a atividade funcional e a conduta dos membros do Ministério Público¹⁰. Ao avançarmos no exame das atribuições do Corregedor-Geral, não são necessárias maiores divagações para estabelecermos uma premissa fundamental: sua atuação é direcionada especificamente aos Promotores e Procuradores de Justiça, não aos demais órgãos da Administração Superior.

A conclusão anterior é extraída da teleologia do art. 17 da Lei nº 8.625/1993, que trata das atribuições desse órgão: a) os processos administrativos são instaurados “de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público” (inc. V), claro indicativo de que estes últimos órgãos não poderiam provocar a instauração de processos contra si próprios ou uns contra os outros; b) o Corregedor-Geral deve apresentar, anualmente, ao Procurador-Geral de Justiça, órgão superior da estrutura hierárquica, relatório das atividades desempenhadas pelas Procuradorias e Promotorias de Justiça, o que permite concluir que somente estes últimos, “órgãos inferiores” da estrutura organizacional, estão sujeitos ao seu controle (inc. VIII); c) o Corregedor-Geral, a teor da sistemática legal, deve encaminhar aos órgãos da Administração Superior as informações necessárias ao exercício de suas atribuições (inc. VII), não fiscalizá-los; d) ao Procurador-Geral de Justiça incumbe, na forma da Lei Orgânica, decidir os processos administrativos disciplinares, sendo assistemática e ilógica a tese que venha a sustentar que o órgão prolator da decisão, logo, órgão controlador, poderia se confundir com o órgão controlado (inc. VI); e e) o Corregedor-Geral do Ministério Público, por expressa determinação legal, somente está autorizado a realizar inspeções nas Procuradorias de Justiça, não na Procuradoria-Geral de Justiça (inc. II).

⁹ Lei nº 8.625/1993, art. 5º, IV.

¹⁰ Lei nº 8.625/1993, art. 17.

A atividade correcional do Corregedor-Geral do Ministério Público, como se sabe, é finalisticamente voltada à orientação dos membros da Instituição e à aplicação de sanções disciplinares. Nessa perspectiva, é fácil deduzir que somente os agentes que estejam sujeitos a processo disciplinar serão alcançados pelas referidas sanções. Especificamente em relação ao Procurador-Geral de Justiça, esse agente, por imposição constitucional, abstraindo a esfera criminal e possível ato de improbidade administrativa, somente está sujeito à responsabilização de ordem política, dependente de deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva¹¹. Estabelecidas as premissas, pode-se concluir que, por estar à margem da responsabilidade administrativa e do processo disciplinar, não é o Procurador-Geral de Justiça alcançado pelo poder correcional do Corregedor-Geral. Possíveis irregularidades atribuídas ao Procurador-Geral de Justiça não de ser perquiridas pelo Colégio de Procuradores de Justiça, órgão com atribuição para propor ao Poder Legislativo a destituição do referido agente.

Acresça-se que a Corregedoria-Geral do Ministério Público é órgão meramente administrativo, e o Procurador-Geral de Justiça ocupa o ápice da estrutura organizacional da Instituição¹². Em razão das características do sistema, qualquer exceção ao princípio hierárquico exigiria previsão legal expressa, o que, diversamente ao que se verifica em relação ao Colégio de Procuradores de Justiça, não ocorre com a Corregedoria-Geral do Ministério Público. Assim, não poderia um órgão inserido na estrutura do Ministério Público, ainda que faça parte da denominada “Administração Superior”, decidir fiscalizar, *sponte propria*, o Chefe da Instituição, isso sob pena de flagrante inversão da hierarquia administrativa. Não é possível, por exemplo, que a Controladoria-Geral da União instaure processo administrativo contra o Presidente da República.

Na sempre lembrada lição de Caio Tácito, no âmbito da Administração Pública, não é competente quem quer, mas tão somente quem a lei determinar: embora exerça uma atividade correcional, não pode o Corregedor-Geral criar atribuições que a lei não lhe confere. Ser Corregedor não significa deter poder correcional sobre qualquer ser vivo ou servidor da Administração Pública: esse poder somente será exercido quando e contra quem a lei autorizar. As dificuldades de compreensão a respeito do alcance das atividades da Corregedoria-Geral certamente decorrem da realização de uma análise meramente semântica desse significante linguístico. Afinal, *corregedor* deriva de correção, do latim *correctio*, *correctionis*, indicando, em sua origem, o ato ou efeito de corrigir. O que muitos não percebem é que, por ser a Corregedoria-Geral um órgão administrativo, somente pode corrigir aquilo que a lei a autorize a corrigir, daí a necessidade de manter-se adstrita ao exercício das atribuições que a lei lhe outorgou.

É evidente que as atividades do Procurador-Geral de Justiça, apesar de não serem alcançadas pela fiscalização da Corregedoria-Geral, não permanecerão imunes a qualquer controle. Além da fiscalização realizada pelo Colégio de Procuradores de

¹¹ CR/1988, art. 128, § 4º.

¹² Lei nº 8.625/1993, art. 5º.

Justiça, finalisticamente voltada à apresentação de eventual proposta de destituição do Chefe da Instituição, tem-se o controle externo, de amplo alcance, diuturnamente realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Resta tecer algumas breves considerações a respeito da fiscalização da atividade desempenhada pelos Promotores e Procuradores de Justiça que integram a Assessoria do Procurador-Geral de Justiça. Num primeiro plano, cumpre observar que a atividade correcional pode projetar-se por três caminhos distintos: a) atividade funcional (o membro do Ministério Público tem comparecido ao local de trabalho e aos atos processuais, bem como desempenhado suas funções nos processos que lhe são encaminhados?); b) atividade puramente administrativa (a Promotoria ou a Procuradoria de Justiça está devidamente organizada, possuindo todas as pastas e livros exigidos?); e c) conduta pessoal (o membro do Ministério Público pratica atos ou desempenha atividades, em sua vida privada, que se mostrem absolutamente incompatíveis com o cargo que ocupa?). Considerando que os assessores atuam como *longa manus* do Procurador-Geral de Justiça, é fácil concluir que as atividades funcional e administrativa estão excluídas do raio de ação da Corregedoria-Geral, isso porque, em última *ratio*, são desempenhadas pelo próprio Chefe da Instituição. Assim, especificamente em relação a esses agentes, a atividade correcional permanecerá adstrita à sua conduta pessoal¹³.

Também em relação aos servidores do Ministério Público, não há que se falar em fiscalização por parte da Corregedoria-Geral, constatação que se estende aos próprios servidores nela alocados. Assim ocorre porque compete ao Procurador-Geral de Justiça, como Chefe da Instituição, de acordo com o art. 10, V, da Lei nº 8.625/1993, “praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e execução orçamentária do Ministério Público”.

Epílogo

Os mecanismos de controle interno são direcionados pelos princípios hierárquico e da legalidade. De acordo com o primeiro, o agente que ocupa o ápice do escalonamento funcional profere suas decisões em caráter definitivo; o segundo, por sua vez, indica que as atribuições dos órgãos administrativos devem ser exercidas conforme autorizadas em lei e nos limites da lei.

Com os olhos voltados aos Ministérios Públicos estaduais, observa-se que essas instituições, além de serem chefiadas pelo Procurador-Geral de Justiça, contam com uma Administração Superior, integrada por esse agente, pelo Colégio de Procuradores de Justiça, pelo Conselho Superior do Ministério Público e pela Corregedoria-Geral do Ministério Público. À luz desse quadro, é perfeitamente possível que a ordem jurídica venha a excepcionar os alicerces dogmáticos do princípio hierárquico e outorgar aos

¹³ Essa linha argumentativa foi encampada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a partir de arrazoado que elaboramos a pedido do Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro (Embargos de Declaração no Proc. Nº 660/2006-94, Rel. Conselheiro Cláudio Barros Silva, j. em 05/11/2007).

demais órgãos da Administração Superior atribuição para controlar as atividades administrativas do Procurador-Geral de Justiça. Além dessa constatação, realizada *in abstracto*, existe outra, decorrente do direito posto, segundo a qual, nos termos da Lei nº 8.625/1993, somente o Colégio de Procuradores realiza controle dessa natureza, mais especificamente ao fiscalizar as atividades da Chefia Institucional com o objetivo de propor a sua destituição pela Assembleia Legislativa e ao julgar, em grau de recurso, as decisões condenatórias proferidas em processo administrativo disciplinar.

No plano funcional, o controle interno é realizado não só pelo Colégio de Procuradores de Justiça como, também, pelo Conselho Superior do Ministério Público, isso ao reverem as promoções de arquivamento das investigações criminais e cíveis de atribuição originária da Chefia Institucional.

Referências Bibliográficas

BASSI, Franco, *Il Principio della Separazione dei Poteri*, in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* nº 1, 1965, p. 17.

DUBOIS, J.; MITTERAND, H.; DAUZART, A. *Dictionnaire d'étymologie*. Paris: Larousse, 2004.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do controle, in: *Boletim de Direito Administrativo* nº 7, ano XXX, julho de 2014, p. 737.

OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

STARCK, Christian; SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*. Trad. de COUTINHO, Karin Praefke-Aires. Coordenação de CANOTILHO, J. J. Gomes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Embargos à Execução

Fabrcio Rocha Bastos*

1. Considerações Gerais

O novo CPC, no que pertine às defesas do executado, trouxe algumas alterações de relevo. O legislador separou as modalidades de defesas típicas do executado conforme o procedimento executório aplicável. Assim, se o procedimento executório for o sincrético, com lastro em título executivo judicial, o devedor deverá valer-se da impugnação ao cumprimento de sentença. Caso o procedimento executório seja o autônomo, com lastro em título executivo extrajudicial, o devedor deverá valer-se dos embargos à execução.

Para ilustrar as diferenças entre as duas modalidades de defesas típicas existentes, apontamos a seguir as principais características da impugnação ao cumprimento de sentença.

No procedimento do cumprimento de sentença, portanto, o legislador unificou as modalidades de defesas típicas para o procedimento. Qualquer que seja o procedimento sincrético executório, a defesa típica prevista será a impugnação ao cumprimento de sentença, inclusive nas execuções contra a Fazenda Pública.

A impugnação ao cumprimento de sentença, defesa típica do executado, foi positivada no CPC/1973, em seus artigos 475-J, §1º, e 475-L. Trata-se de uma defesa que gera a criação de um incidente em sede de execução, sem, contudo, ensejar a criação de uma relação jurídica processual nova, por não ser considerada como verdadeira ação de conhecimento.

A impugnação passa a ser a defesa típica da fase de cumprimento de sentença, podendo ser usada em todos os procedimentos, conforme artigos 535, 536, §4º e 538, §3º, CPC/2015.

No CPC/2015, a impugnação encontra positavação em seu artigo 525. O legislador manteve algumas características já existentes, tais como o prazo de 15 dias para o oferecimento da defesa, a cognição judicial horizontal limitada e a necessidade de oferecimento perante o mesmo juízo responsável pelo cumprimento de sentença. No rol taxativo do artigo 525, há duas novidades nos incisos VI e VIII. Nos demais incisos, as redações não sofreram alterações.

No inciso VI, o legislador, de forma expressa, inseriu os vícios da competência absoluta ou relativa. Apesar do acerto desta inserção, era possível sustentar a previsão

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós Graduação do IBMEC, EMERJ e UCAM. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Emerj, Amperj, Femperj, Curso Fórum, do Portal F3 e Supremo-MG.

implícita da incompetência absoluta, posto improrrogável, como causa de pedir da impugnação com espeque nos artigos 113, 485, inciso II, e 495, CPC/1973.

O vício da incompetência absoluta, ainda que decorrente da inobservância de regra da fase de conhecimento, posto improrrogável (artigo 64, §1º, CPC/2015), poderá ser objeto de impugnação pelo devedor. Deverá, contudo, observar o prazo decadencial de dois anos para alegação deste vício, bem como para o reconhecimento de ofício, sob pena de violar, de forma indireta, os artigos 966, inciso II, e 975, CPC/2015. Considerando-se que o vício da incompetência absoluta é causa de pedir para ação rescisória e que esta somente poderá ser oferecida até dois anos após o trânsito em julgado, conclui-se que o vício deverá seguir esta toada.

O vício da incompetência relativa, por sua vez, somente poderá ter como referência a fase executiva, pois, se o vício decorrer da fase de conhecimento, terá ocorrido a prorrogação da competência, na forma do artigo 65, CPC/2015.

No inciso VIII, a novidade não se refere às causas de pedir, mas, sim, a uma pequena alteração na redação que ensejará grande repercussão. No CPC/1973, no artigo 475-L, inciso VI, o legislador previa que “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.” Assim, com esta redação, era factível sustentar que somente a prescrição deveria ser superveniente à sentença, sendo que as demais causas poderiam ser anteriores, pois o legislador usou o termo *superveniente* no singular. No CPC/2015, o legislador, além de suprimir a causa impeditiva, colocou o termo *superveniente* no plural, denotando, com isso, que todas estas causas listadas deverão ser posteriores à sentença.

Os vícios da parcialidade também poderão figurar como causas de pedir para defesa do executado, conforme artigo 525, §2º, CPC/2015. Entretanto, deverão ser alegadas, observando-se os ritos previstos nos artigos 146 e 148, CPC/2015. No CPC/1973, tais causas não figuravam como matérias alegáveis, via impugnação, mas poderiam ser ventiladas, em petições próprias, ante as normas dos artigos 304 e 305, CPC/1973. A suspeição, contudo, somente poderá ser ventilada se for conhecida após o trânsito em julgado, pois, ao contrário do impedimento, não pode ser ventilada.

O termo inicial do prazo de 15 dias para o oferecimento da impugnação também sofreu alteração com o advento do CPC/2015. No artigo 475-J, §1º, CPC/1973, o termo inicial era a data da intimação do devedor da ocorrência da penhora e avaliação. Com o advento do artigo 525, CPC/2015, o termo inicial passa a ser o transcurso do prazo para o cumprimento voluntário da obrigação.

Não haverá, portanto, a necessidade de nova intimação para contagem do prazo processual, pois, segundo a norma do artigo 525, inicia-se com o mero transcurso *in albis* do prazo previsto no artigo 523.

Além da alteração do termo inicial, o legislador tornou, de forma expressa, despendianda a garantia do juízo para fins de oferecimento da impugnação ao

cumprimento de sentença, pois preconiza que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente sua impugnação. Nada obstante, a garantia do juízo será exigida para fins de requerimento e obtenção de efeito suspensivo, conforme artigo 525, §6º, CPC/2015.

Outra novidade, nesta senda do prazo e termo inicial, é a aplicação expressa do artigo 229 aos casos de impugnação, conforme artigo 525, §3º, CPC/2015. Assim, nos casos de litisconsortes com diferentes procuradores, o prazo para o oferecimento da impugnação contar-se-á em dobro.

Antes do advento CPC/2015, era exigida a garantia do juízo para fins de oferecimento da impugnação, pois o termo inicial era contado a partir da ocorrência da penhora, sendo um de seus efeitos justamente a garantia do juízo. Entretanto, com a alteração da redação do artigo 736, CPC/1973, tornou-se factível sustentar, por analogia, a possibilidade de oferecimento de impugnação sem garantia do juízo. O CPC/2015 simplesmente positivou este entendimento.

Outra alteração de relevo verificada foi a não reprodução do artigo 475-M, §2º, CPC/1973, que preconizava que, deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos; caso contrário, em autos apartados. Em outros termos, a impugnação, dependendo dos efeitos em que fosse recebida, poderia ser processada nos próprios ou em autos apartados. Com o advento do CPC/2015, em qualquer hipótese, a impugnação será processada nos próprios, conforme artigo 525.

O efeito suspensivo da impugnação não sofreu alterações relevantes, porém houve melhora na regulamentação, conforme artigo 525, §§6º ao 10, CPC/2015. A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação.

O juiz poderá, entretanto, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir à impugnação efeito suspensivo, se relevantes seus fundamentos e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. O legislador manteve a necessidade de garantia do juízo para obtenção de efeito suspensivo, tal como fazia com os embargos à execução sob a égide do CPC/1973, em seus artigos 736 e 739-A, §1º.

A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou redução da penhora e de avaliação dos bens. O efeito suspensivo, ainda quando obtido, não afastará a possibilidade da prática dos atos materiais da execução, porém, terá o condão de impedir a prática dos atos expropriatórios.

Quando o efeito suspensivo atribuído à impugnação disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

A concessão de efeito suspensivo à impugnação deduzida por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não impugnaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao impugnante. Trata-se de

regra até então aplicável aos embargos à execução (artigo 739-A, §4º, CPC/1973), que decorre do princípio da autonomia relativa dos litisconsortes (artigo 117, CPC/2015 e 48, CPC/1973).

Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz. Mesmo que o devedor obtenha efeito suspensivo, o credor poderá prosseguir na execução, desde que preste uma contracautela. Esta caução tem por objetivo ressarcir eventuais danos decorrentes do prosseguimento da execução com posterior êxito do devedor, no bojo da impugnação.

Feitas as considerações iniciais acerca da defesa típica na fase de cumprimento de sentença, passamos a abordar os embargos à execução e suas principais características.

2. Defesas do Executado – Típicas, Atípicas e Heterotópicas

As defesas do executado são divididas em duas grandes categorias: a) defesas típicas; b) defesas atípicas ou anômalas e c) defesas heterotópicas.

As defesas típicas são aquelas previstas no ordenamento jurídico como modalidades de defesa do executado, tais como a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução. Estas modalidades de defesa são incidentais à relação jurídica processual executiva, sincrética ou autônoma.

As defesas atípicas ou anômalas, ao reverso, não encontram previsão ou regulamentação no ordenamento jurídico, como a exceção de pré-executividade (defesa endoprocessual), ou, apesar da previsão no ordenamento, não estão descritas como modalidades de defesa do executado, tais como embargos de terceiro.

As defesas heterotópicas constituem meios autônomos de impugnação manejáveis pelas partes litigantes ou terceiros interessados. São ações autônomas de impugnação, pois inauguram uma nova relação jurídica processual ou interferem numa já existente. São exemplos de defesas heterotópicas: ação rescisória, ação anulatória, *querela nullitatis insanabilis*, revisão criminal, ação impugnativa declaratória ou desconstitutiva autônoma e mandado de segurança.

A rigor, o devedor executado, bem como eventual terceiro poderão utilizar qualquer meio processual de impugnação, desde que seja uma forma lícita, com base no princípio do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV da CR/1988).¹ O executado poderá se insurgir, ainda, contra a execução autônoma mediante arguição de

¹ Luciano Henrik Silveira Vieira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol.15, nº 30, jul./dez. 2012 – ISSN 1808-9429. “Na realidade constitucional, o executado pode se opor ao procedimento por qualquer forma lícita existente no ordenamento, seja pelos meios típicos previstos no Código de Processo Civil (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos de devedor), pelas vias atípicas (exceção de pré-executividade, ação rescisória, ação anulatória e embargos de terceiro) ou até por intermédio das chamadas defesas heterotópicas, o que será tratado ulteriormente neste artigo.”

suspeição ou impedimento (artigo 917, §7º, CPC/2015) ou por meio de petição simples (artigo 917, §1º, CPC/2015).²

3. Conceito e Natureza Jurídica

Os embargos à execução constituem modalidade típica de defesa do executado através da propositura de verdadeira ação de conhecimento com vistas a opor-se à demanda executiva em curso. Esta modalidade típica de defesa poderá abrigar, como veremos mais adiante, todas as matérias defensivas, substantivas ou adjetivas, para evitar o prosseguimento da execução forçada.

Quanto à indicação da natureza jurídica dos embargos à execução, há certo debate doutrinário, apesar do entendimento largamente dominante ser no sentido de verdadeira ação de conhecimento.

Existem três teses doutrinárias sobre o tema, assim dispostas: a) natureza híbrida; b) mera defesa do executado e c) ação de conhecimento.

Para a primeira tese, defendida por José Miguel de Garcia Medina³, os embargos à execução possuem natureza jurídica híbrida, conforme a matéria defensiva veiculada. Caso a matéria seja somente a indicação de algum erro no procedimento executório, deverá ser entendido como mera defesa do executado. Por outro lado, se a matéria defensiva tiver o condão de inovar na relação jurídica processual, a natureza será de verdadeira ação autônoma.

Para a segunda tese, defendida por Cassio Scarpinella Bueno⁴ e Haroldo Pabst⁵, os embargos à execução, considerando o conceito de ação apresentado por ele, não poderão mais ser considerados verdadeira ação de conhecimento que veicula uma defesa do executado. Na visão deste autor, ação é conceito mais amplo, que não se confunde com a formulação de um pedido de tutela jurisdicional. Nele devem ser compreendidos não só o rompimento da inércia da jurisdição, mas também o atuar ao longo do processo, que é o que permite, ao longo da atuação do próprio Estado-juiz, a participação das partes. Nesta perspectiva, não há como sustentar os embargos como uma nova e substancial diversa ação, exercida por um novo e diverso processo. Deverá ser considerada, quando muito, uma mesma ação já exercitada e que, ao longo do processo, vem sendo exercida.

Defesa, para esta tese, significa, em última análise, a possibilidade de alguém voltar-se contra o pedido de tutela jurisdicional formulado em seu desfavor por outrem. Assim, não há razão para sustentar que os embargos, que se caracterizam por esta

² "O executado poderá se insurgir contra a execução autônoma ainda mediante exceção de pré-executividade (a rigor, objeção de executividade), arguição de suspeição ou impedimento (artigo 917, §7º, CPC), petição simples (artigo 917, §1º, CPC) ou então por ação impugnativa declaratória ou desconstitutiva autônoma (STJ, 1ª Seção, CC 89.267/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.11.2007, Dj 10.12.2007, p. 277). Luiz Guilherme Marinoni. *Novo código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 849.

³ José Miguel de Garcia Medina. *Processo Civil Moderno*, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁴ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva 2008, vol. 3, p. 504.

⁵ *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

postura eminentemente defensiva, sejam ação. Uma ação para que o executado se defenda, nesta perspectiva, é quase uma contradição nos próprios termos.

Para a terceira tese, largamente dominante, a qual me filio, defendida por Araken de Assis⁶, José Carlos Barbosa Moreira⁷, Fredie Didier Jr.⁸, Tereza Arruda Alvim Wambier⁹, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰ e precedentes no Superior Tribunal de Justiça¹¹, os embargos à execução possuem natureza jurídica de verdadeira ação de conhecimento autônoma incidental com a finalidade de impedir o prosseguimento de uma demanda executiva.

Os embargos visam impugnar a execução forçada. Esta impugnação abrange questionamentos acerca da existência, validade e eficácia do título executivo, da dívida exequenda ou do procedimento executivo.

Os embargos veiculam as matérias defensivas do devedor executado, portanto, substancialmente constituem uma defesa, mas a forma de exercício desta modalidade de defesa, indubitavelmente, será através de uma ação de conhecimento. Assim, o ônus da prova cabe ao embargante, incumbindo-lhe comprovar a insubsistência do crédito exequendo, o que reafirma que os embargos são substancialmente uma defesa.

Considerando que os embargos possuem natureza de ação, deverá o executado observar os requisitos da petição inicial (arts. 319 e 320 CPC/2015), sob pena de indeferimento liminar. Além destes requisitos, deverá o embargante deduzir uma pretensão. Assim, imprescindível abordar o tipo de pretensão que deverá ser deduzida.

Como toda demanda, os embargos possuem os três elementos identificadores, quais sejam, partes, pedido e causa de pedir. As partes serão, via de regra, o executado (polo ativo) e o exequente (polo passivo). A causa de pedir será composta por todos os fundamentos de fato (causa de pedir remota) e direito (causa de pedir próxima) da

⁶ *Manual da execução*. 12ª ed. 2009, p. 1165. RT. "Na verdade, os embargos constituem uma ação, quer dizer, o agir correspondente ao direito de se opor à pretensão a executar, exercida injustamente, e a circunstância de trazerem à cognição do juiz matéria de defesa não descaracteriza o remédio: a defesa, no processo de conhecimento, inclui a resistência do réu, direta (contestação) ou indireta (exceção), e o seu ataque (reconvenção). E esta última ostenta inconfundível natureza de ação.

⁷ *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, 28ª ed., p. 296.

⁸ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 5, p. 340. "O executado defende-se por meio dos embargos, cujo conteúdo compreende matérias de defesa. Essencialmente, os embargos constituem uma defesa. O Código de Processo Civil, entretanto, atribui-lhe a forma de uma ação de conhecimento. É, portanto, uma situação muito estranha, que dá ensejos a muitas dúvidas. Como os embargos assumem a forma de uma demanda, seu ajuizamento rende ensejo à formação de novo processo, que é de conhecimento."

⁹ *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT. 2015. P. 1289. "De início, é importante mencionar que quanto à sua natureza jurídica, predomina o entendimento de que os embargos são uma ação de conhecimento (e, portanto, com ampla e exauriente cognição) exercitada pelo executado em face do exequente, dando ensejo à formação de um processo autônomo e incidental em relação àquele em que se desenvolvem os atos executivos."

¹⁰ *Novo código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT. 2015, p. 849.

¹¹ "Os embargos à execução constituem ação autônoma que visa a impugnar a execução forçada. Com a sua propositura, dá-se a constituição de processo novo. Os embargos do executado cabem apenas das execuções autônomas. Não cabe a propositura de embargos à execução na fase de cumprimento da sentença condenatória, mandamental e executiva." 1ª Turma, Resp 654.853/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.02.2006, Dj 06.03.2006, p. 177.

defesa do executado. Há quem entenda que nos embargos a causa de pedir (causa *petendi*) é, na verdade, causa de defesa, portanto deverá ser considerada como causa *excipendi*¹². O pedido, por sua vez, como instrumento da pretensão, é objeto de celeuma doutrinária, pois não há consenso acerca da natureza da pretensão judicialmente exercida. O pedido é composto, sempre, por dois objetos mediato e imediato. O objeto mediato é o bem da vida pretendido pela parte que exerceu a pretensão, enquanto o objeto imediato é a providência jurisdicional pleiteada.

Neste tópico é relevante cingir a apresentação ao objeto imediato. A doutrina, nesta senda, apresenta três teses.

Para uma primeira tese, a qual me filio, defendida por Paulo Henrique Lucon¹³ e Fredie Didier Jr.¹⁴, os embargos podem ter pretensão declaratória ou constitutiva a depender do pedido formulado pelo exequente. Por via de consequência, a sentença terá conteúdo variável, conforme o conteúdo do pedido formulado.

Para uma segunda tese, defendida por Misael Montenegro Filho¹⁵, os embargos sempre veiculam pretensão declaratória. Para esta tese, a pretensão maior do executado nos embargos opostos é a de que seja declarada a ineficácia do documento que apoiou a execução como título executivo judicial ou extrajudicial, de forma total (em face do pagamento anterior ou da prescrição, por exemplo) ou limitada à pessoa do devedor (em face da sua ilegitimidade), ou de que seja declarado que o credor pleiteia quantia superior ao permitido pelo título (excesso de execução), operando-se a redução da imposição dirigida contra o executado.

Para uma terceira tese, defendida por Alexandre Câmara¹⁶ e Humberto Theodoro Júnior¹⁷, os embargos veiculam pretensão constitutiva negativa, pois a finalidade desta modalidade de defesa, a rigor, é retirar a eficácia do título executivo.

¹² Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 5, p. 342.

¹³ *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 292-293.

¹⁴ Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol. 5, p. 342. "Normalmente, quando o embargante impugna a existência da dívida, terão os embargos natureza declaratória, como no caso da alegação de inexistência de dívida, em razão do pagamento. Se o alvo do embargante é o título executivo ou o procedimento executivo, os embargos tendem a assumir natureza constitutiva negativa, pois o título executivo ou algum(ns) ato(s) do procedimento executivo serão desfeitos."

¹⁵ *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 2, p. 548. "Em arremedo de conclusão, podemos conceituar os embargos à execução como manifestação extraprocessual do executado, que se qualifica como ação autônoma com pretensão declaratória, sendo prejudicial em relação ao desfecho da execução, já que as suas conclusões podem impor o reconhecimento da nulidade da execução – em vista da nulidade do próprio título; da sua inexigibilidade em relação ao embargante; da incompetência absoluta do juízo da execução; do excesso de execução etc., a depender da matéria que fundamenta a ação incidental."

¹⁶ *Lições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. II, p. 400. "O título executivo, como visto, tem eficácia abstrata, e permite a instauração da execução ainda que não exista o crédito afirmado pelo demandante. Os embargos do executado terão por fim, assim, retirar a eficácia executiva do título, o que demonstra o seu caráter constitutivo. De nada adiantaria, a nosso juízo, obter-se uma declaração de inexistência do crédito, sem que se retirasse a eficácia executiva do título. A sentença de procedência dos embargos declarará a inexistência do direito de crédito do embargado (quando este for o fundamento dos embargos, obviamente), mas não se limitará a essa declaração. Daí por que não a consideramos, em qualquer hipótese, sentença meramente declaratória."

¹⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 2, p. 272-273.

4. Requisitos de Admissibilidade

Os requisitos de admissibilidade dos embargos à execução são: a) legitimidade; b) tempestividade e c) competência, que serão abordados nos itens seguintes.

A ausência de um destes requisitos de admissibilidade poderá ensejar o indeferimento liminar dos embargos, na forma do artigo 918, CPC/2015.

O rol previsto neste artigo é exemplificativo, portanto, poderá o magistrado rejeitar liminarmente os embargos em outras hipóteses, como a prevista no artigo 917, §4º, inciso I, CPC/2015. Assim, os embargos poderão ser liminarmente rejeitados quando o executado alegue matéria absolutamente estranha aos embargos ou incompatíveis com o título executivo objeto da execução.

Nos casos do inciso I do artigo 918, CPC/2015, o juiz poderá rejeitar liminarmente os embargos quando forem intempestivos. Com o advento da norma do artigo 218, §4º, CPC/2015, os embargos apresentados antes da citação não podem ser considerados intempestivos.

De todo recomendável o desapego ao formalismo insofrito. Deverá o magistrado, mesmo quando intempestivos os embargos, verificar qual a matéria defensiva veiculada, pois se for hipótese de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, o juiz poderá conhecê-la e adequar ou extinguir a execução, mesmo na hipótese de intempestividade do instrumento.

O inciso II do artigo 918, CPC/2015 refere-se aos casos de indeferimento da inicial e da improcedência liminar do pedido.

Nos casos de indeferimento liminar deverá o magistrado abrir oportunidade processual para que o devedor possa emendar a inicial, na forma do artigo 321, CPC/2015.

O artigo 918, inciso II, CPC/2015, inovou ao estabelecer hipótese de rejeição liminar nos casos de improcedência liminar do pedido, previstos no artigo 332, CPC/2015.

Trata-se de mais uma norma que valoriza os precedentes como forma de resolução dos litígios. Ademais, uma das consequências da fixação da tese jurídica em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas é justamente permitir a rejeição liminar de demandas que veiculam teses jurídicas contrárias à orientação estabelecida (artigo 332, inciso III, CPC/2015).

No inciso III do artigo 918, CPC/2015, o legislador refere-se aos embargos manifestamente protelatórios. Considerando a imensa carga de subjetivismo que a norma permite, deverá o magistrado ser ainda mais cauteloso em sua decisão observando a necessidade de uma fundamentação específica, conforme artigo 489, CPC/2015.

Por fim, o legislador, de forma expressa, preconizou que o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios configura ato atentatório à dignidade da justiça.

5. Legitimidade Ativa e Passiva

A legitimação, enquanto pertinência subjetiva da lide, é requisito de suma importância para a admissão dos embargos.

No polo passivo dos embargos sempre deverá figurar o exequente, ainda que o embargante sustente a ausência de legitimidade ativa para executar. Caso a execução tenha sido promovida em regime de litisconsórcio facultativo (pluralidade de exequentes), o embargante deverá promover os embargos em face de todos os exequentes, em regime de litisconsórcio necessário. Somente na hipótese de alegação de defesa de caráter estritamente pessoal, os embargos poderão ser direcionados sem a observância da regra do litisconsórcio necessário.

No polo ativo dos embargos deverá sempre figurar o executado, que não se confunde, necessariamente com o devedor. Este é parte na relação jurídica de direito material que embasa a demanda, enquanto aquele foi demanda na relação jurídica de direito processual. Caso a demanda executiva seja proposta em face de alguém que não seja efetivamente o devedor, ainda assim será considerado como executado e, portanto, com legitimidade para opor embargos.

Além do executado poderão oferecer embargos: a) responsável patrimonial (fiador); b) curador especial; c) Ministério Público e d) cônjuge do executado.

O responsável patrimonial ostenta legitimação ativa para opor embargos, pois o resultado da demanda irá atingir diretamente sua esfera jurídica, na medida em que o seu patrimônio será objeto dos atos materiais da execução.

O curador especial (artigo 72, CPC/2015), enquanto representante processual do executado, ostenta legitimação ativa, conforme preconiza a Súmula 196 do STJ¹⁸.

O Ministério Público, em processo civil, poderá atuar tanto no polo passivo quanto no polo ativo das demandas, em verdadeira atuação multifacetária. Nos casos em que figurar como executado, como por exemplo em demandas de responsabilidade civil ou cumprimento de determinada relação jurídica obrigacional, poderá promover embargos.

No caso dos cônjuges, basta figurar no título executivo para ostentar tal legitimação, ainda que a execução não tenha sido direcionada contra si.

6. Tempestividade – Prazo e Forma de Contagem

Prazo é o lapso temporal existente entre dois termos, inicial (*dies a quo*) e final (*dies ad quem*), dentro dos quais se prevê a oportunidade para a prática de um ato processual. O prazo flui a partir do momento em que existe. Conta-se o prazo a partir do momento em que é computado para fins da própria extinção.

A tempestividade, por seu turno, é o reconhecimento da prática de ato processual dentro do prazo. Assim, considera-se tempestivo o ato processual praticado

¹⁸ “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”

durante o curso do prazo. Neste sentido, é possível afirmar que a prática do ato antes do início do prazo não poderia ser considerada como tempestiva. Neste sentido, podemos destacar a *ratio decidendi* da súmula 418 do STJ.¹⁹

Nada obstante, caso a parte pretenda se antecipar à respectiva citação ou intimação para praticar o ato processual, portanto, antes do termo inicial, não há que se falar em intempestividade. Seria no mínimo contraditório punir uma parte que se antecipa à prática de um ato processual, mormente diante da necessidade de conferir maior celeridade e efetividade na tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso LXXVIII, CPC/2015 e artigo 4º, CPC/2015).

O novo ordenamento, de forma acertada, diga-se, corrige tal distorção ao preconizar que o ato processual praticado antes do prazo não poderá ser considerado como intempestivo (artigos 218, §4º e 1024, §5º, CPC/2015). Assim, possível sustentar a perda da eficácia da súmula 418 do STJ, bem como a inaplicabilidade da intempestividade quando o devedor oferecer embargos antes do início do prazo processual.

No artigo 738, CPC/1973, o prazo de 15 dias era contado da data da juntada aos autos do mandado de citação. O CPC/2015 alterou a forma de contagem (artigo 915), determinando que a contagem seja feita a partir da(o):

a) data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

b) data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

c) data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

d) dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

e) dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

f) a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

g) a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

h) o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

Isto nada mais é do que a aplicação das regras do artigo 231, CPC/2015.

O prazo de 15 dias será computado conforme a regra geral do CPC/2015, ou seja, somente em dias úteis (artigo 219).

¹⁹ “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem a posterior ratificação.”

O artigo 915, §1º, CPC/2015, refere-se expressamente ao companheiro para fins de aplicação da forma diferenciada de contagem do prazo. Segundo parte da doutrina, a qual me filio, há uma imprecisão técnica neste parágrafo que sempre se refere à juntada do mandado de citação. Esta referência está correta nos casos em que a citação foi realizada por oficial de justiça (citação pessoal ou por hora certa).

Nos casos de citação por edital, porém, o dia do começo do prazo não será contado a partir da juntada do mandado de citação, mas sim no dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz.²⁰

Com a inclusão do companheiro nesta regra, poderá surgir questionamentos acerca da possibilidade de discussão incidental a respeito da efetiva existência de união estável entre os devedores. Não há espaço procedimental, no bojo da execução, para ser ventilada tal questão, devendo as partes serem remetidas para o juízo próprio através de demanda própria.²¹

Nos embargos à execução por carta, porém, o prazo será contado:

a) da juntada, na carta, da certificação da citação, quando versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens;

b) da juntada, nos autos de origem, do comunicado de que trata o § 4º deste artigo ou, não havendo este, da juntada da carta devidamente cumprida, quando versarem sobre questões diversas da prevista no inciso I deste parágrafo.

Da combinação entre os artigos 738 e 747, CPC/1973, já era possível chegar-se à mesma conclusão. Neste ponto, não houve alteração de relevo, até porque a jurisprudência do STJ assim já se posicionava.²²

Nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante.

A norma do artigo 915, §2º, CPC/2015, não é imune a críticas. Parte da doutrina²³ sustenta que vincular a contagem do prazo para os embargos conforme a matéria nele ínsita acarretará problemas na prática. Seria melhor, portanto, manter a regra

²⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. Página 1291.

²¹ Daniel Assumpção Neves. *Novo Código de Processo Civil*. Inovações, alterações e supressões comentadas. Editora Gen Método. 2015, p. 445.

²² “Nos termos do art. 738-I, CPC, com a redação dada pela Lei nº 8953/1994, o prazo para apresentação de embargos do devedor tem início da juntada aos autos da prova da intimação da penhora. II- em se tratando de execução por carta, é de distinguir-se: se os embargos discutem a validade dos atos praticados no juízo deprecado, o prazo flui a partir da juntada do mandado de intimação aos autos da carta precatória; se, no entanto, a competência for do juízo deprecante, por veicularem os embargos outras matérias (CPC, 747), o prazo conta-se da juntada da carta precatória cumprida aos autos principais.” REsp 343.405/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 07.02.2002, DJ 15.04.2002.

²³ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. Página 1291.

anterior que previa o início do cômputo do prazo para os embargos a partir da juntada, no juízo deprecante, da comunicação do juízo deprecado de que houve a citação.

7. Competência

O executado deverá oferecer os embargos perante o mesmo juízo que corre a execução, sob pena de violar a norma do artigo 914, §1º, CPC/2015. Os embargos serão, portanto, distribuídos por dependência ao juízo da execução e autuados em apartado, porque há evidente conexão entre a demanda executória e a demanda de conhecimento derivada dos embargos.

A jurisprudência, entretanto, firmou o entendimento no sentido de que, apesar de recomendável a autuação em apenso, não há vedação de desapensação dos autos dos embargos do devedor dos autos principais, cabendo às partes, em face da natureza autônoma dos embargos, colacionar, desde a inicial, as peças que se fizerem necessárias ao deslinde da causa.²⁴

Na execução por carta, porém, a regra de competência sofre uma cisão funcional horizontal, pois o executado poderá oferecer, mediante escolha própria, os embargos no juízo deprecante ou no juízo deprecado. A competência para processo e julgamento, como regra, será do juízo deprecante, ressalvados os casos em que os embargos versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens efetuados no juízo deprecado. Nestes casos, a competência para processo e julgamento será do juízo deprecado (artigo 914, §1º, CPC/2015). Assim, podemos concluir que a competência para recebimento é concorrente, enquanto que para processo e julgamento será exclusiva a depender da matéria defensiva alegada pelo executado. A jurisprudência já era pacífica quanto a este aspecto, conforme Súmula 46 do STJ.²⁵

8. Matérias Alegáveis

As matérias elencadas no artigo 917, CPC/2015, formam um rol exemplificativo, pois os embargos poderão versar sobre qualquer matéria que seja útil à pretensão do executado. Assim, é forçoso concluir que a cognição judicial horizontal exercida será plena (ação plenária). Parte da doutrina²⁶, porém, entende que excepcionalmente, em face do direito material, a cognição é parcial, excluídas determinadas questões do debate judiciário, como, por exemplo, um título de crédito que entra em circulação, pois a abstração e a autonomia inerentes aos títulos cambiais impedem a discussão da relação jurídica de direito material subjacente.²⁷

Estas matérias serão apresentadas seguindo a ordem do CPC/2015.

²⁴ STJ, 5ª Turma, REsp 728.473/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 621.

²⁵ "Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens."

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. RT. 2015, p. 856.

²⁷ STJ, 4ª Turma, REsp 2.814/MT, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 19.06.1990, DJ 06.08.1990.

No inciso I do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica a inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. Nos dois casos, não há a presença dos requisitos necessários para que a obrigação prevista no documento seja exigida por meio da execução.

No inciso II do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica a penhora incorreta ou avaliação errônea. Estes são vícios decorrentes da inobservância de alguma norma jurídica ou simplesmente decorrente de dolo ou erro do oficial de justiça ao cumprir a diligência. O artigo 917, §1º, CPC/2015, permite que o executado, através de simples petição, alegue tais vícios sem a necessidade de oferecimento dos embargos. A jurisprudência²⁸, ainda sob a égide do CPC/1973, já vinha reconhecendo a possibilidade da impugnação da penhora incorreta por simples petição nos autos.

No inciso III do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica excesso de execução ou cumulação indevida de execuções. Neste último caso, o devedor/executado deverá indicar o valor correto na inicial junto com o demonstrativo do cálculo, conforme os parágrafos 2º e 3º do artigo 917, CPC/2015. É plenamente possível insurgir-se contra o principal e contra o acessório.²⁹ É possível, também, questionar meros erros materiais e cálculo (artigo 494, inciso I, CPC/2015). O executado, ao apontar o valor devido, torna incontroverso determinado valor. Assim, a execução, ainda que seja concedido efeito suspensivo aos embargos, deverá prosseguir tendo como objeto o valor incontroverso.

Não poderá, portanto, o juiz conhecer de ofício do excesso de execução, porém, nos casos de cumulação indevida de execuções poderá o juiz conhecer de ofício por se tratar de matéria de ordem pública.

Considerando a necessidade de aproveitar-se ao máximo a atividade processual já desenvolvida, conforme sustenta a doutrina³⁰, nos casos em que o magistrado reconhecer a cumulação indevida de execuções, não deverá, de imediato, extinguir o processo executivo. Antes de determinar a extinção da execução, deverá abrir a oportunidade processual para que o exequente opte por uma das execuções cumuladas. Somente na hipótese do exequente quedar-se inerte, deverá a execução ser extinta.

No inciso IV do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa. Somente nos casos de execução extrajudicial será possível esta alegação através de defesa típica do executado, pois nos casos de execução fundada em título judicial, em virtude da existência de processo judicial anterior, o executado deveria ter alegado a matéria em sede de execução, sob pena de preclusão.³¹ No caso previsto neste inciso, o embargado poderá formular pedido contraposto na contestação dos embargos requerendo que

²⁸ STJ, REsp 531.307/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.12.2006, DJ 07.02.2007.

²⁹ Súmula 30, STJ: "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis"; Súmula 287, STJ: "A taxa básica financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários."; Súmula 288, STJ: "a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários".

³⁰ Luiz Guilherme Marinoni. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. RT. 2015, p. 856.

³¹ "O direito de retenção por benfeitorias realizadas deve ser exercido no momento da contestação de ação de cunho possessório, sob pena de preclusão. Jurisprudência do STJ". AgRg no REsp 1.273.356/SP, 3ª Turma, j. 25.11.2014, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 12.12.2014.

o juiz compense o valor indicado pelo executado (embargante) com o valor indicado pelo exequente (embargado), conforme artigo 917, §5º, CPC/2015.

No inciso V do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução. A incompetência absoluta, enquanto matéria de ordem pública, posto cognoscível de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, não ficará sujeita ao fenômeno da preclusão (artigo 64, §1º, CPC/2015). A incompetência relativa, ao reverso, não pode ser reconhecida de ofício, portanto, se não for alegada em sede de embargos, haverá a prorrogação da competência, conforma artigo 65, CPC/2015. No artigo 742, CPC/1973, havia a previsão da possibilidade de oferecimento de exceção de incompetência relativa.

No inciso VI do artigo 917, CPC/2015, o legislador indica que qualquer matéria que poderia ser alegada em sede de processo de conhecimento, como defesa, poderá servir como causa de pedir em sede de embargos. Esta norma ratifica a afirmação anterior de que a cognição será plena, ressalvados a *causa debendi* nos casos de títulos de crédito que circularam, como visto acima.

A arguição, através de mera petição, de impedimento e suspeição do juiz da execução deverá observar as regras dos artigos 146 ao 148, CPC/2015. Assim, tais matérias não poderão ser deduzidas através dos embargos.

9. Garantia do Juízo

O artigo 914, CPC/2015, manteve a regra trazida com a Lei 11382/2006 que alterou a redação do artigo 736, CPC/1973. Assim, o devedor permanece com a possibilidade de oferecer embargos sem a necessidade de garantir o juízo.

Contudo, considerando que o simples oferecimento dos embargos não suspende a execução, o devedor deverá garantir o juízo, além de cumprir os demais requisitos, para obter o efeito suspensivo (artigo 919, *caput* e §1º, CPC/2015).

10. Valor da Causa

Considerando, como visto acima, que os embargos ostentam natureza jurídica de verdadeira ação, deverão cumprir todos os requisitos da petição inicial, dentre eles o de indicar o valor da causa (artigo 291, CPC/2015).

O valor da causa não precisa, necessariamente, coincidir com o valor da execução ou do crédito executado, pois dependerá da matéria defensiva alegada pelo devedor³².

11. Honorários Advocatícios

O artigo 652-A, CPC/1973, já previa a possibilidade de fixação judicial de honorários advocatícios na execução, ao despachar a inicial, porém, o artigo 827

³² STJ, 4ª Turma, REsp 1.001.725/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11.03.2008, DJ 05.05.2008. STJ, 1ª Turma, REsp 584.983/PE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004, DJ 31.05.2004.

prevê a fixação com um patamar mínimo de dez por cento, de plano, a serem pagos pelo executado.

No caso de integral pagamento no prazo de três dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

Cabe a condenação em honorários advocatícios em embargos à execução. O artigo 85, §8º, CPC/2015, é aplicável, na medida em que a eficácia preponderante da sentença nos embargos à execução é, conforme visto acima, desconstitutiva ou declaratória.³³

O valor dos honorários poderá ser elevado até vinte por cento, quando rejeitados os embargos à execução, podendo a majoração, caso não opostos os embargos, ocorrer ao final do procedimento executivo, levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente.

Nas execuções contra a Fazenda Pública, quando embargadas, o exequente fará jus ao recebimento dos honorários, conforme artigo 85, §3º, CPC/2015. Nas execuções não impugnadas, conforme artigo 85, §7º, CPC/2015, não serão devidos honorários. Tal norma reproduz o sentido do artigo 1º-D da Lei 9494/1997, mas conflita com o teor da súmula 345 do STJ, apesar de referir-se às demandas coletivas.

12. Procedimento

O artigo 920, CPC/2015 preconiza o procedimento que deverá ser aplicado aos embargos à execução.

Com o recebimento dos embargos, ou seja, fora das hipóteses de rejeição liminar, o juiz deverá intimar o exequente para oferecer sua resposta (impugnação) no prazo de 15 dias, conforme inciso I do artigo 920, CPC/2015.

O exequente poderá contestar (impugnar) e/ou oferecer alegação de impedimento ou suspeição. Não será possível alegar o vício da incompetência relativa, na medida em que terá sido o próprio o causador do vício. Não será possível o oferecimento de reconvenção, mas o exequente poderá valer-se do pedido contraposto para requerer a compensação, nos casos em que for alegado o direito de retenção por benfeitorias (artigo 917, §5º, CPC/2015). Não será possível provocar a intervenção de terceiros.

Há certa celeuma doutrinária sobre as consequências de eventual inércia do exequente neste momento processual. A discussão cinge-se sobre a possibilidade de decretação da revelia relevante no bojo dos embargos.

Para uma primeira tese, a qual me filio, defendida por Luiz Guilherme Marinoni³⁴, a inércia do exequente/embargado acarretará a decretação da revelia, pois este seria um mero reconhecimento de uma situação processual e estaria situada no plano da existência.

³³ STJ, 2ª Turma, REsp 130.430/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.12.1997, Dj 15.12.1997, p. 362.

³⁴ *Novo Código de Processo Civil Comentado*. RT. 2015, p. 860.

No plano da eficácia, ou seja, no plano da aplicação dos efeitos materiais da revelia, há que se diferenciar, conforme a matéria defensiva alegada. Do título executivo nasce a presunção de que a obrigação nele consubstanciada existe. Assim, se os embargos visam a atacar a existência do direito representado no título, a simples ausência de resposta do embargado não gera presunção de veracidade das alegações do embargante.

Por outro lado, se os fundamentos dos embargos são estranhos à existência do direito documentado no título, o silêncio do embargado induz à presunção de veracidade das alegações do embargante.

Para uma segunda tese, defendida por Tereza Arruda Alvim Wambier³⁵, Arruda Alvim³⁶ e Cassio Scarpinella Bueno³⁷, a ausência de resposta do exequente/embargado não acarretará a decretação da sua revelia, uma vez que o direito afirmado pelo exequente está amparado em título executivo, recaindo todo o ônus probatório sobre o embargante, o qual, ainda que não tenha o embargado respondido pelos embargos, deverá produzir provas de suas alegações. Interessante notar que os defensores desta tese referem-se expressamente à impossibilidade de aplicação dos efeitos da revelia.

Com ou sem o recebimento da resposta do exequente, deverá o magistrado resolver os embargos ou designar audiência. O artigo 920, inciso II, CPC/2015, não reproduziu exatamente o artigo 740, CPC/1973, que preconizava a possibilidade de designação de audiência de conciliação ou de instrução e julgamento.

Apesar desta supressão, pois o legislador somente se referiu à possibilidade de designação de audiência, é possível sustentar a permanência de designação de ambas as modalidades, ante a aplicação do artigo 139, inciso V, CPC/2015. A designação de audiência de instrução e julgamento somente será necessária quando houver a imperiosa necessidade de produção de prova oral.

Após a fase instrutória, com ou sem designação de audiência, deverá o magistrado resolver o mérito. A decisão será uma sentença apta a formar a coisa julgada material, na medida em que foi decorrente do exercício de cognição judicial vertical exauriente. Desta sentença será cabível o recurso de apelação (artigo 1009, CPC/2015).

13. Intervenção de Terceiros

No bojo dos embargos à execução somente será admissível, enquanto modalidade de intervenção de terceiros, a assistência. A denúncia da lide e o chamamento ao processo não são admissíveis. Estas modalidades de intervenção de terceiros pressupõem demandas que não podem ser veiculadas por embargos, quais sejam reipersecutórias e condenatórias.³⁸

³⁵ *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT. 2015. p. 1303.

³⁶ *Manual de Direito Processual Civil*, 16ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 864.

³⁷ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 3, Saraiva, 2008.

³⁸ Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 5, p. 349, Jus Podivm, 2009.

14. Efeito Suspensivo

Durante a maior parte da vigência do CPC/1973, os embargos tinham efeito suspensivo *ope legis* decorrente do mero recebimento.

Após as reformas advindas com a Lei 11382/2006, com a alteração da redação dos artigos 736 e 739, CPC/1973, os embargos perderam o efeito suspensivo decorrente do recebimento e passaram a exigir decisão judicial (*ope iudicis*) e requerimento do executado.

O artigo 919, CPC/2015, segue a mesma toada, mantendo o efeito suspensivo *ope iudicis* com os mesmos requisitos existentes sob a égide do CPC/1973.

O efeito suspensivo dos embargos sempre necessitará, exceto nos casos de execução contra a Fazenda Pública, de requerimento do embargante, desde que devidamente acompanhado da garantia do juízo e dos requisitos da tutela provisória, conforme artigo 919, §1º, CPC/2015. Apesar de o artigo 739-A, §1º, CPC/1973, descrever os requisitos típicos das tutelas de urgência, não havia referência expressa.

A concessão de efeito suspensivo, portanto, dependerá da presença dos seguintes requisitos: a) requerimento do embargante; b) presença da relevância da fundamentação e a possibilidade da execução manifestamente causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação; c) prévia segurança do juízo por penhora, depósito ou caução suficiente.

Assim, o juiz poderá, sempre através de decisão interlocutória, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

A relevância dos fundamentos dos embargos está na existência de possibilidade séria de julgamento favorável ao embargante, ou seja, refere-se à probabilidade do resultado dos embargos ser favorável ao executado.

O perigo manifesto de dano grave ou de difícil ou incerta reparação deve ser caracterizado mediante a análise dos bens sujeitos à execução, pois se for retirado do patrimônio do executado, em razão de sua especialidade e singeleza, poderá ser improvável a reparação do dano.

A segurança do juízo, por seu turno, tem que ser prévia e suficiente, abrangendo todo o crédito exequendo. A doutrina³⁹, contudo, sustenta que, em casos excepcionais, será possível a concessão do efeito suspensivo sem a segurança do juízo. Quando a inviabilidade da execução for demonstrável de plano, não dando margem à dúvida, e o executado tenha logrado demonstrar igualmente a sua insuficiência patrimonial, poderá o juiz excepcionalmente outorgar efeito suspensivo aos embargos. A evidência do direito do executado tem de ser atendida sem que se lhe exija o sacrifício da indevida constrição patrimonial.

³⁹ Luiz Guilherme Marinoni. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Ed. RT. 2015. p. 859.

É fácil verificar que o legislador unificou os requisitos ensejadores da concessão do efeito suspensivo aos requisitos ensejadores das tutelas provisórias (artigo 294, CPC/2015). A concessão do efeito suspensivo aos embargos poderá ser fundamentada na urgência ou na evidência. Assim, para a obtenção de ambos os provimentos, bastará a parte formular e comprovar os mesmos requisitos. Portanto, para o executado obter o efeito suspensivo deverá comprovar algo que afaste a presença do título (validade e eficácia), bem como a alegação de inadimplemento.

A decisão referente ao efeito suspensivo é dotada de provisoriedade, pois poderá ser, desde que requerida pela parte, revogada ou modificada, a qualquer tempo, desde que cessados os motivos que a motivaram (artigo 919, §2º, CPC/2015).

14.1. Modulação do Efeito Suspensivo

O artigo 919, §§ 3º e 4º, preconiza a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão concessiva do efeito suspensivo aos embargos.

O efeito suspensivo, portanto, poderá ser modulado conforme o caso concreto.

Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito somente a uma parte do objeto da execução, esta prosseguirá com relação aos demais.

No mesmo sentido, nos casos de litisconsórcio passivo na execução. Na hipótese de um dos executados oferecer embargos e obter efeito suspensivo, este somente alcançará os demais que não embargaram se a matéria ventilada for comum a todos, como por exemplo invalidade do título. Assim, se o devedor que oferecer embargos alegar matéria exclusiva (adimplemento parcial, por exemplo), o efeito suspensivo concedido não será estendido aos demais devedores que não embargaram. Nada mais é do que a aplicação do princípio da autonomia relativa dos litisconsortes (artigo 117, CPC/2015).

Com o fim de evitar questionamentos futuros, deverá o magistrado indicar na decisão que conceder o efeito suspensivo a sua extensão subjetiva, ou seja, quem será efetivamente beneficiado pela suspensão.

14.2. Alcance do Efeito Suspensivo

O artigo 919, §5º, CPC/2015 preconiza que, mesmo diante da concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, não haverá óbice para a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens.

Tais atos não geram grave dano ao executado, pois visam somente a finalizar a segurança do juízo. Entretanto, se no caso concreto for verificado algum tipo de prejuízo para a esfera pessoal ou patrimonial do executado, o efeito suspensivo deverá impedir, também, a prática de tais atos.

Com a redação desta norma, fica clara a ordem dos atos processuais na execução embargada. Primeiro, deverá ser efetivada e ultimada a penhora e depois

a suspensão da execução. O efeito suspensivo, portanto, será apto somente para impedir a prática dos atos expropriatórios.

15. Recursos

Para indicar quais serão os recursos cabíveis em sede de embargos à execução, imprescindível separar a análise pelos momentos processuais.

Nos casos de indeferimento liminar, improcedência liminar e de resolução do mérito, o ato judicial será uma sentença que deverá ser atacada através de apelação, conforme artigos 330, 331, 332, §§3º e 4º, 918 e 1009, CPC/2015.

Nos casos de deferimento, indeferimento de requerimento de parcelamento e de concessão, indeferimento ou revogação de efeito suspensivo, por outro lado, o ato judicial proferido será decisão interlocutória cujo recurso cabível será agravo de instrumento, na forma dos artigos 916, 919 e 1015, parágrafo único, CPC/2015.

16. Parcelamento ou Moratória

Este instrumento de defesa do executado tinha previsão no artigo 745-A, CPC/1973. O artigo 916, CPC/2015, reproduziu a maior parte das regras já existentes.

Os requisitos ensejadores do requerimento permanecem os mesmos, quais sejam: a) tempestividade, ou seja, requerimento no prazo para os embargos; b) reconhecimento do crédito exequendo; c) comprovação do depósito de 30% do valor em execução, acrescidos de custas e honorários de advogado e d) pagamento em até 06 parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de 1% ao mês.

Sobreleva notar que o simples requerimento do parcelamento, e não o seu deferimento, ensejará a renúncia ao direito de opor embargos à execução. Trata-se, a rigor, de uma preclusão lógica do direito à oposição dos embargos, no que se refere à certeza, liquidez e exigibilidade do crédito exequendo. Ainda que o parcelamento seja indeferido pelo magistrado, o devedor terá renunciado ao direito de oferecer embargos, pois o reconhecimento do crédito exequendo já teria sido efetivado. Apesar de esta renúncia estar expressa no artigo 916, §6º, CPC/2015, será possível ao devedor oferecer outras modalidades de impugnação caso ocorram constrições patrimoniais indevidas e ilegais e outras ilegalidades no curso da demanda executiva. Essa renúncia, portanto, não pode implicar proibição para o executado em discutir aspectos posteriores da execução (artigo 917, §1º, CPC/2015), caso ela prossiga pelo não deferimento do parcelamento ou pelo não adimplemento das prestações.⁴⁰

Por outro lado, há autores⁴¹ que sustentam que o deferimento de parcelamento da execução ocasiona a preclusão lógica da faculdade de controverter o direito estampado no título executivo, de modo que é vedado ao executado que requereu o parcelamento atacar posteriormente a execução com base em ausência de certeza, liquidez ou

⁴⁰ Araken de Assis. *Manual da execução*. 12ª ed. 2009. RT.

⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni. *Novo código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT. 2015, p. 852.

exigibilidade do direito reclamado em juízo, seja por exceção de pré-executividade, embargos ou ação autônoma impugnativa.

O artigo 916, CPC/2015, desvincula o impedimento de oferecimento de embargos ao descumprimento do parcelamento, como previa o artigo 745-A, §2º, parte final, CPC/1973.

O parcelamento não poderá ser utilizado na fase de cumprimento de sentença, mas, somente, nos processos autônomos de execução, conforme artigo 916, §7º, CPC/2015. Esta regra vai de encontro aos precedentes do STJ que permitiam sua aplicação no regime jurídico anterior.⁴²

Com o advento do CPC/2015, conforme já advertia a doutrina e o STJ⁴³, haverá a necessidade da intimação do credor para que este se manifeste acerca do parcelamento requerido. No CPC/1973, não havia regra expressa neste sentido, mas era simples sustentar sua necessidade com base nos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV, CR/88).

O artigo 916, §1º, CPC/2015, determina a necessidade de intimação do credor para que se manifeste, mas não fixa prazo para sua manifestação, tampouco, consequência processual decorrente de sua eventual inércia.

Entendemos que deverão ser aplicadas as normas supletivas dos prazos previstas no artigo 218, CPC/2015.

Nos casos de inércia, entendemos que o juiz deverá interpretar como concordância ao requerimento.

A manifestação do credor cingir-se-á aos pressupostos ensejadores do parcelamento. Assim, o credor sequer poderá ventilar, para fins de evitar o deferimento do parcelamento, ser o executado um devedor contumaz. Segundo parte da doutrina, desde que devidamente preenchidos os requisitos ensejadores, não é dado ao exequente evitar o parcelamento, nem mesmo ao juiz indeferi-lo. Em outros termos, mesmo que preenchidos os pressupostos legais, o juiz pode indeferir o pedido de parcelamento, desde que não preenchidos os requisitos para tanto (artigo 916, *caput* e §1º, CPC/2015).⁴⁴

O único prazo fixado pelo legislador foi para que o juiz decida o requerimento, qual seja, cinco dias. Enquanto não apreciado o requerimento, o executado terá de depositar as parcelas vincendas, facultado ao exequente seu levantamento.

⁴² “O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento de sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no artigo 475-J, *caput*, do CPC”. STJ, REsp 1.264.272/RJ, 4ª Turma, j. 15.05.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 22.06.2012.

⁴³ REsp 1.264.272/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.05.2012, DJ 22.06.2012 “O parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada.”

⁴⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais. 2015. Página 1292.

Deferida a proposta, levantará o exequente a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito que deve ser convertido em penhora (artigo 916, §§ 3º e 4º, CPC/2015). Neste último caso, pode o exequente, desde logo, requerer o levantamento da quantia depositada, já que não são mais admissíveis embargos à execução (artigo 916, §6º, CPC/2015).

Da decisão que defere ou indefere o parcelamento será cabível agravo de instrumento, na forma do artigo 1015, parágrafo único, CPC/2015.

Conforme artigo 916, §5º, CPC/2015, o não pagamento de qualquer uma das prestações acarretará: a) vencimento antecipado das prestações subsequentes; b) prosseguimento da execução com o imediato reinício dos atos executivos; c) imposição ao executado de multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas.

Ainda que o inadimplemento atinja a última prestação, aplicar-se-á a norma em comento. Inaplicável a teoria do adimplemento substancial (*substancial performance*), pois a essência desta depende da considerável satisfação do credor no plano do direito material em momento anterior ao processo. Além disso, a execução segue a diretriz do desfecho único ou do fim normal da execução (artigo 805 CPC/2015), sendo de interpretação estrita as normas que concedem benefício ao executado na execução.⁴⁵

17. Embargos de 2ª fase

O legislador não reproduziu a defesa do executado que estava prevista no artigo 746, CPC/1973, portanto, não há mais que se falar em embargos de segunda fase. Esta fase se inicia após a realização da penhora até o desfecho da fase expropriatória.

Entretanto, o legislador manteve a possibilidade de oferecimento de embargos de terceiro, no artigo 675, CPC/2015, como modalidade de impugnação dos atos de adjudicação ou arrematação. Os embargos, portanto, poderão ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas, sempre, antes da assinatura da respectiva carta.

Além disso, o legislador possibilita que o devedor alegue, através de simples petição, no prazo de 10 dias, os vícios elencados no artigo 903, §2º, CPC/2015. Expedida a respectiva carta de arrematação, caberá ao devedor arguir os mencionados vícios através de ação autônoma, incluindo o arrematante como litisconsorte necessário, conforme disposto no artigo 903, §4º, CPC/2015.

18. Embargos de Terceiro

No presente item abordaremos os embargos de terceiro como uma das modalidades atípicas de defesa na execução com foco nas principais mudanças advindas com o novo ordenamento.

⁴⁵ Luiz Guilherme Marinoni. *Novo código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 853.

Os embargos de terceiro possuem natureza jurídica de verdadeira ação de conhecimento com procedimento especial proposta por um terceiro que sofre um ato de constrição patrimonial ou que corre o risco de sofrê-lo.

Este instrumento é, ainda, considerado como uma modalidade atípica de defesa da posse.

Deverá ser oferecido perante o mesmo juízo perante o qual corra a demanda principal, pois aplica-se o critério funcional horizontal de competência (artigo 676, CPC/2015), ressalvadas as hipóteses de prática de ato de constrição por carta.

18.1. Hipóteses de Cabimento

Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. O artigo 674, CPC/2015, demonstrou enorme evolução técnica frente ao que preconizava o artigo 1046, CPC/1973. Com a nova redação, qualquer ato construtivo ensejará a possibilidade de oferecimento dos embargos de terceiro.

Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário ou possuidor.

Para fins de fixação da legitimação ativa, imprescindível conceituar terceiro. A conceituação é sempre feita por exclusão. Terceiro é todo aquele que não é parte. Considera-se, portanto, terceiro, para ajuizamento dos embargos, todo aquele listado no artigo 674, §2º, CPC/2015.

As novidades advindas com o CPC/2015 circunscrevem-se somente aos incisos II ao IV, pois o inciso I é mera reprodução do que já preconizava o artigo 1046, CPC/1973.

No inciso II, o legislador indica o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução. Entendemos que, para a admissibilidade deste instrumento, somente poderá ser o terceiro, adquirente de boa-fé.

No inciso III o legislador indica aquele que sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. Somente será admissível, portanto, nos casos de falta de participação no incidente.

No inciso IV, por fim, o legislador indica o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos. Somente haverá hipótese de cabimento deste instrumento nos casos de inobservância da necessidade da intimação.

18.2. Possibilidade de Intimação de Terceiro Interessado no Oferecimento dos Embargos – Intervenção *lussu iudicis*

Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento

de sentença ou no processo de execução, até cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, porém sempre antes da assinatura da respectiva carta.

No Artigo 675, parágrafo único, CPC/2015, o legislador permite atuação de ofício do juiz para intimação de terceiro interessado. Assim, caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente. Trata-se de norma que poderá ensejar, novamente, o debate sobre a existência em nosso ordenamento da intervenção *iussu iudicis*.

Considerando-se que a norma permite que o juiz traga ao feito, de ofício, um terceiro para possibilitar que este realize uma intervenção em processual pendente, entendemos que o CPC/2015 positivou esta figura jurídica. Ademais, os embargos de terceiro, como o próprio nome faz supor, é uma modalidade de intervenção de terceiros por meio de ação⁴⁶.

18.3. Competência nos Casos de Ato Construtivo Praticado Através de Carta

Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado. Trata-se de aplicação do critério funcional horizontal de competência que, caso inobservado, acarreta o vício da incompetência absoluta.

Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

O artigo 676, parágrafo único, CPC/2015, reproduz regra aplicável aos embargos à execução por carta prevista no artigo 914, §2º, CPC/2015.

18.4. Legitimidade Passiva

Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial, conforme artigo 677, §4º, CPC/2015.

18.5. Prestação de Caução Pelo Terceiro Embargante – *Ope Iudicis*

A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos, objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da

⁴⁶ Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos. *Novo Código de Processo Civil. Temas inéditos, mudanças e supressões*. 1ª edição, 2015. Ed. Jus Podivm.

parte economicamente hipossuficiente. O legislador conferiu ao magistrado uma discricionariedade técnica para definir a necessidade, ou não, de prestação de caução para efetivar a ordem de manutenção ou reintegração provisória da posse.

Esta reintegração ou manutenção provisória, apesar do termo usado pelo legislador, não se confunde com a necessidade de cumprimento dos requisitos e pressupostos para a obtenção da tutela provisória prevista no artigo 294, CPC/2015.

18.6. Aplicação do Procedimento Comum

Os embargos de terceiro manterão o rito especial até o oferecimento da contestação pelo réu. Trata-se, portanto, de um procedimento especial conversível.

Conforme artigo 679, CPC/2015, os embargos seguirão o procedimento comum, após o fim do prazo para o oferecimento da contestação. No panorama legislativo anterior, artigo 1053, CPC/1973, os embargos de terceiros eram convertidos em um procedimento cautelar, pois deveriam seguir as normas do artigo 803, CPC/1973.

18.7. Embargos de Terceiro nas Ações de Divisão ou de Demarcação

O CPC/2015 não reproduziu a regra do artigo 1047, inciso I, CPC/1973, que admitia embargos de terceiro para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos.

18.8. Embargos sobre Todos os Bens e Suspensão do Processo

O CPC/2015 não reproduziu a regra do artigo 1052, CPC/1973, que preconizava a possibilidade de suspensão do curso do processo principal quando os embargos versarem sobre todos os bens. Esta mesma norma preconizava que, se os embargos versassem sobre alguns deles, o processo principal prosseguiria somente quanto aos bens não embargados.

A não reprodução desta norma poderá ensejar, em primeira análise, a conclusão de que os embargos de terceiro, com o advento do CPC/2015, não mais ostentam efeito suspensivo.

Esta conclusão não prospera após uma análise mais cuidadosa, pois o artigo 678, CPC/2015, preconiza a possibilidade de suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos, objeto dos embargos. Assim, a suspensão destas medidas poderá ocasionar a suspensão do próprio processo.

Ademais, nada impede que o juiz, ao receber os embargos de terceiro, determine, em sede de tutela provisória, a suspensão dos atos constritivos e do próprio processo original quando houver necessidade, para fins de segurança jurídica e até que sejam julgados os embargos, posto prejudiciais ao correto deslinde do feito principal.

Por fim, factível sustentar a aplicação da norma do artigo 313, inciso V, CPC/2015, como espeque para determinar a suspensão do processo principal.

19. Embargos na Execução Contra Devedor Insolvente

Conforme preconiza o artigo 1052, CPC/2015, não houve regulamentação sobre o procedimento executório por quantia certa em face de devedor insolvente. Assim, aplicar-se-ão, até edição de norma específica, as regras previstas nos artigos 748 a 786-A, CPC/1973.

Eventuais processos de execução em face de devedor insolvente que forem propostas quando da vigência do CPC/2015 deverão seguir as regras do CPC/1973, em verdadeira ultra-atividade de lei processual.

Assim, podemos afirmar que os embargos à execução contra devedor insolvente (artigos 755 e 756, CPC/1973) mantém sua vigência e eficácia, enquanto não sobrevier norma jurídica específica.

20. Embargos na Ação Monitória

O legislador, repetindo redação do artigo 1102-C, CPC/1973, preconizou, no artigo 702, CPC/2015, a possibilidade de o réu devedor oferecer embargos. Assim, foram mantidos os embargos à ação monitoria, como sendo a defesa típica deste procedimento especial.

Inicialmente, impende abordar a natureza jurídica processual desta defesa oferecida por meio de embargos.

Há autores que consideram esta defesa um novo tipo de processo, que terá natureza jurídica de ação autônoma incidente ao procedimento monitorio, semelhante aos embargos à execução⁴⁷.

Este entendimento, *data venia*, não merece prosperar, pois, se fosse ação judicial, após a citação, a inércia do réu (autor da demanda monitoria) caracterizaria revelia, o que não acontece na ação monitoria. Ademais, não é possível desconstituir algo que sequer eficácia executiva tem, diferentemente do que ocorre nos embargos à execução.

Entendemos, com base na doutrina dominante⁴⁸, que a defesa típica, por meio dos embargos, configure contestação, sendo uma mera resposta do réu, porque, sendo de conhecimento, a defesa não precisa inserir sob forma de ação autônoma. Os embargos não precisam ser exteriorizados por meio de uma demanda própria. Podem ser oferecidos nos próprios autos; não há recolhimento de custas; o prazo para o seu oferecimento é o mesmo da contestação no procedimento comum e é possível o oferecimento de reconvenção.

A critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela

⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 3ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação monitoria, artigo publicado na *Revista Consulex*. nº 06, ano I, junho de 1997.

incontroversa. Assim, como regra, os embargos seguirão perante os mesmos autos. Haverá processamento autônomo dos embargos à ação monitória, exclusivamente quando o juiz verificar a necessidade, diante das matérias alegadas.

O Superior Tribunal de Justiça entende, também, que os embargos são uma resposta do demandado, de natureza idêntica à de uma contestação, sem que tal impugnação dê origem a um novo processo. Este entendimento pode ser verificado pelo teor da Súmula 292 do STJ.

Na ação monitória, admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção. O legislador positivou o enunciado nº 292 do Superior Tribunal de Justiça, porém, há diferença assaz relevante entre este e o artigo 702, §6º, CPC/2015. Neste, o legislador autoriza o oferecimento da reconvenção sem qualquer referência à necessária e anterior conversão em procedimento ordinário (*rectius* comum). Assim, esta norma jurídica acarretará o *overriding* deste precedente.

Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.

Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum. A cognição judicial exercida, portanto, será plena, pois o legislador não inseriu qualquer limitação de matéria a ser alegada pelo réu da demanda monitória.

Apesar das considerações oferecidas, conforme a redação do artigo 702, §9º, CPC/2015, parece que o legislador encampou a tese da natureza de demanda autônoma, pois o ato judicial que acolher ou rejeitar os embargos será uma sentença atacável via apelação (artigos 203, §1º c/c 1009, CPC/2015).

Quando o réu alegar que o autor pleiteia quantia superior à devida, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida. Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos serão liminarmente rejeitados. Se esse for o seu único fundamento e se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso. O legislador reproduziu as mesmas regras das defesas típicas do executado (artigos 525, §§4º e 5º, e 917, §4º, CPC/2015).

A oposição dos embargos suspende a eficácia da decisão referida no *caput* do art. 701 até o julgamento em primeiro grau. O efeito suspensivo dos embargos à ação monitória é imediato, com o simples oferecimento. A obtenção deste efeito independe de oferecimento de garantia do juízo, ao contrário do que ocorre com as defesas típicas do executado (artigos 525, §4º, e 919, §1º, CPC/2015).

O autor será intimado para responder aos embargos no prazo de quinze dias. A resposta aos embargos, considerando sua natureza jurídica de mera contestação, deverá abordar os fatos novos (impeditivos, extintivos ou modificativos) ventilados pelo réu.

Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se o processo em observância das regras do cumprimento de sentença.

Por fim, resta abordar a utilização do parcelamento ou moratória no bojo da ação monitória. Este instrumento de defesa do executado tinha previsão no artigo 745-A, CPC/1973. O artigo 916, CPC/2015, reproduziu a maior parte das regras já existentes.

Apesar desta reprodução, merecem destaque três modificações.

O parcelamento não poderá ser utilizado na fase de cumprimento de sentença, mas, somente, nos processos autônomos de execução, conforme artigo 916, §7º, CPC/2015.

Com o advento do CPC/2015, conforme já advertia a doutrina, haverá a necessidade da intimação do credor para que se manifeste acerca do parcelamento requerido. No CPC/1973, não havia regra expressa neste sentido, mas era fácil sustentar sua necessidade com base nos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV, CR/1988).

O artigo 916, §1º, CPC/2015, determina a necessidade de intimação do credor para que se manifeste, mas não fixa prazo para sua manifestação e, tampouco, consequência processual decorrente de sua eventual inércia.

Entendemos que deverão ser aplicadas as normas supletivas dos prazos previstas no artigo 218, CPC/2015.

Nos casos de inércia, entendemos que o juiz deverá interpretar com concordância ao requerimento.

A manifestação do credor cingir-se-á aos pressupostos ensejadores do parcelamento. Assim, o credor sequer poderá ventilar, para fins de evitar o deferimento do parcelamento, ser o executado um devedor contumaz.

O único prazo fixado pelo legislador foi para que o juiz decida o requerimento, qual seja, cinco dias. Enquanto não apreciado o requerimento, o executado terá de depositar as parcelas vincendas, facultado ao exequente seu levantamento.

Este procedimento do parcelamento é aplicável nas demandas monitórias, conforme artigo 701, §5º, CPC/2015.

21. Exceção de pré-executividade

No presente item não será abordada especificamente esta modalidade de defesa, mas sim sua contextualização frente ao novo ordenamento processual.

Caso o devedor sofra a incidência em sua esfera jurídica pessoal ou patrimonial de algum ato executivo ou queira ventilar fato superveniente ao momento processual de oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença, bastará arguir tais matérias em simples petição, sem a necessidade de garantia do juízo, conforme artigo 525, §11, CPC/2015.

As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição.

O executado terá, em qualquer dos casos, o prazo de 15 dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

Estas matérias poderão ser de ordem pública, portanto, cognoscíveis de ofício, ou não. Serão matérias, a rigor, que dispensam dilação probatória. A cognição na exceção de pré-executividade é *secundum eventus probationis*. Já se decidiu, por exemplo, que a inconstitucionalidade de norma instituidora de determinado tributo pode ser alegada por meio desta defesa atípica.⁴⁹

Esta possibilidade criada pelo legislador confere maior segurança jurídica ao executado, pois terá a oportunidade processual de ventilar matérias que não poderiam ter sido alegadas em um primeiro momento. Assim, a impugnação deverá versar sobre questões prévias e concomitantes ao início da execução, enquanto este mecanismo previsto no artigo 525, §11, CPC/2015, servirá apenas para alegação de matérias que foram verificadas *a posteriori*.

Apesar de não ter previsão expressa idêntica no capítulo referente aos embargos à execução, não há óbice em sua aplicação.

Além desta previsão, impende destacar as normas dos arts. 518 e 803, CPC/2015 que poderão servir de fulcro para esta modalidade de defesa.

O devedor executado poderá, conforme artigo 518, CPC/2015, por meio de simples petição e nos próprios autos, ventilar vícios processuais e procedimentais subsequentes ao início da fase de cumprimento de sentença.

Esta norma preconiza, de forma expressa, esta possibilidade. Não há limitação, neste ponto, para o exercício da cognição horizontal do magistrado, pois o legislador permite que todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes sejam ventiladas pelo devedor.

Estas matérias deverão ser analisadas em concomitância com as matérias do artigo 525, §1º, CPC/2015, sob pena de gerar mais de uma oportunidade de alegação de defesas processuais, gerando indevido tumulto processual. Não significa a impossibilidade de alegação, mas, sim, momento para análise pelo magistrado.

Por fim, o artigo 803, CPC/2015 lista matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz. As nulidades previstas no rol deste artigo poderão ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Trata-se de rol exemplificativo, ao nosso sentir, pois o legislador não esgotou, com a redação, todas as hipóteses de invalidade da execução. Neste rol, o legislador elencou hipóteses nas quais se presume o prejuízo do devedor.

A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

⁴⁹ “Pode o executado, independentemente de embargos e por meio de requerimento nos autos, alegar quaisquer objeções processuais (como a invalidade do título executivo), bem como defesas materiais que o juiz possa conhecer de ofício (por exemplo, prescrição e decadência), desde que umas e outras possam ser comprovadas de plano, isto é, mediante prova documental a ser juntada conjuntamente com a arguição das questões.” (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 775.393/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.11.2006, Dj 14.12.2006, p. 272.)

Resta saber se estas normas servirão de espeque para sustentar a permanência em nosso ordenamento da possibilidade de manejo da exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade é modalidade atípica de defesa do executado por meio de simples petição, sem a necessidade de garantia do juízo, criando um incidente em sede de execução.

Diz-se pré-executividade porque a questão debatida se refere a algo que seria precedente à própria execução, dizendo respeito, por exemplo, aos pressupostos processuais ou à quitação da obrigação, que seriam prejudiciais do mérito. E, apesar de poder ser considerado um excesso semântico a distinção entre objeção e exceção, alguns doutrinadores assim procedem, dizendo que a objeção cuida de matéria de ordem pública (norma cogente): a falta das condições da ação ou dos pressupostos processuais (podendo até ser declarada *ex officio*), e a exceção, por sua vez, seria utilizada quando houvesse discussão de questões na esfera privada: pagamento, novação, compensação, prescrição e transação etc. O certo é que a exceção de (pré)executividade é um incidente endoprocessual, criado doutrinariamente, que representa um meio de reação do executado contra a execução, independentemente de segurança do juízo.⁵⁰

O legislador teve a oportunidade de positivizar expressamente este mecanismo e não o fez. A exceção de pré-executividade permanecerá, contudo, como uma modalidade de defesa atípica do executado, pois assim é considerada pela doutrina e jurisprudência.

Sob a égide do CPC/1973, cuja regulamentação também era inexistente, a doutrina e a jurisprudência admitiam seu oferecimento, desde que fossem satisfeitos os seguintes requisitos: a) matéria de ordem pública, portanto, cognoscível de ofício, tais como as referentes aos requisitos processuais da execução ou do cumprimento de sentença; b) matéria que torna despidiendi dilação probatória; c) matérias pertinentes ao próprio mérito, desde que cabalmente passíveis de comprovação mediante prova pré-constituída e d) oferecimento anterior ao ato da penhora e do momento processual para o oferecimento das defesas típicas do executado.

Este mecanismo criado poderá relegar a oblióvio o interesse processual na utilização da objeção de não executividade, bem como da objeção de pós-executividade, pois o legislador teve a oportunidade de positivizar expressamente este mecanismo e não o fez. A objeção de pré-executividade permanecerá, contudo, como uma modalidade de defesa atípica do executado, pois assim é considerada pela doutrina e jurisprudência⁵¹. O silêncio eloquente do legislador nos leva a concluir que esta simples petição, referida no artigo 525, §11, refere-se ao oferecimento da objeção.

Assim, entendemos ser possível defender a permanência deste instrumento atípico de defesa com base nos artigos 518, 525, §11 e 803, parágrafo único, CPC/2015.⁵²

⁵⁰ Luciano Henrik Silveira Vieira. Das respostas do executado nos quadros da teoria da postulação e defesa diante da principiologia constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 15, nº 30, jul./dez. 2012 – ISSN 1808-9429.

⁵¹ Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

⁵² Daniel Assumpção Neves. *Novo Código de Processo Civil. Inovações, alterações e supressões comentadas*. Editora Gen Método. 2015. “O Novo CPC não prevê expressamente a defesa executiva ora analisada, que

Entretanto, há que se enfrentar o momento processual do oferecimento desta modalidade de defesa. Entendemos que poderá ser oferecida a qualquer tempo no curso do processo executivo, mesmo depois de julgados os embargos, desde que não tenha havido expresse pronunciamento jurisdicional sobre a questão que se pretende levantar.⁵³

22. Ação Autônoma de Impugnação

O devedor poderá, com base no princípio do acesso à justiça, promover ação autônoma de impugnação com o objetivo de veicular pretensão declaratória ou desconstitutiva. Estas pretensões podem ser direcionadas à obrigação ou ao próprio título executivo.

Esta demanda autônoma poderá ser anterior ao processo executivo ou durante o curso da demanda executiva.

Nada impede que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. Caso o devedor promova a demanda autônoma antes do início da relação jurídica processual executiva, aplicar-se-á a norma do artigo 782, §1º CPC/2015. A demanda não terá o condão de impedir o início do procedimento executório e, tampouco, determinará a sua suspensão, após o seu início. Entretanto, poderá o devedor formular requerimento de tutela satisfativa provisória, na forma do artigo 294, CPC/2015. Caso seja concedida esta tutela provisória, será possível sustentar a suspensão da execução.

Caso a demanda autônoma seja proposta no curso da execução, sua admissibilidade estará condicionada à existência ou não do exercício de outra modalidade de defesa, típica ou atípica, com resolução de mérito. Em caso positivo, poderá o credor alegar violação da coisa julgada, pois a reapreciação da questão (fática ou de direito) acarretará vulneração da segurança jurídica. Em caso negativo, não haverá empecilho, pois será demanda substancialmente nova.

continuará a ser tratada como defesa atípica. As polêmicas procedimentais também serão mantidas, quando não renovadas diante de outras novidades do Novo CPC que reflexamente podem atingir a exceção de pré-executividade. Há, entretanto, dois dispositivos no Novo CPC que podem justificar legalmente a exceção de pré-executividade. Segundo o artigo 518 do Novo CPC, todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz. Já o artigo 803, parágrafo único, dispõe que a nulidade da execução será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução. Acredito que com esses novos dispositivos, tanto no cumprimento de sentença como no processo de execução, passe a existir previsão expressa de admissibilidade da exceção de pré-executividade, ainda que a maioria das questões procedimentais continue a depender de entendimento doutrinário e posicionamento jurisprudencial." Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 857.

⁵³ Há precedente no STJ neste sentido: 1ª Turma, REsp 667.002/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.12.2006, DJ 26.03.2007, p. 206. Há, contudo, precedente em sentido diverso no próprio STJ entendendo que a exceção de pré-executividade deverá ser arguida antes do oferecimento dos embargos, sob pena de indeferimento liminar, conforme 2ª Turma, REsp 509.156/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.02.2007, DJ 15.03.2007, p. 294.

Para evitar decisões conflitantes, a demanda autônoma, prévia ou incidental, deverá ser proposta perante o mesmo juízo da execução⁵⁴.

A doutrina entende que ações desta espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor e, quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência (artigo 337, inciso VI e §§ 1º ao 3º, CPC/2015)⁵⁵.

⁵⁴ STJ, 1ª Seção, CC 89.267/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 14.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 277. "Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa."

⁵⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. *Novo código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT. 2015, p. 850.

Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro¹.

Fredie Didier Jr.*
Hermes Zaneti Jr.*

Resumo

Este ensaio pretende apresentar as aproximações e distinções entre as ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. Para tanto, parte da premissa de que ambos são espécies de processo coletivo. Propõe, ainda, diretrizes para resolver os problemas relacionados à pendência simultânea de um ou outro.

Palavras chave

Código de Processo Civil. Processo coletivo. Ação coletiva. Incidente de julgamento de casos repetitivos.

Abstract

This paper aims to present approaches and distinctions between Class Actions and the aggregate litigation by “julgamento de casos repetitivos”. Therefore, we begin with the premise of both are species of collective process, further, we design the guidelines to solve problems related to simultaneous uses of both techniques.

Keywords

Civil Procedure Code. Class actions. Aggregate litigation. “Julgamento de Casos Repetitivos”.

¹ Este texto é uma versão ampliada, com novas reflexões, do texto seguinte ensaio DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, nº 256.

* Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

* Mestre e Doutor (UFRGS). Doutor em Teoria e Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma Ter (UNIROMA3). Pós-doutor em Processos Coletivos Università degli Studi di Torino (UNITO). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Membro da ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente) e do MPCOn (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor).

1. Nota Introdutória

O CPC-2015 estruturou um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o novo Código impõe à doutrina e aos tribunais brasileiros.

Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos – ambos, são, portanto, processo coletivo.

As relações, aproximações e distinções entre eles devem começar a ser identificadas e sistematizadas.

Esse ensaio tenta dar um ponto de partida sobre o tema.

2. Conceito de Processo Coletivo²

O processo coletivo pertence ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição.³ Não se cogitam, nesse ensaio, o processo administrativo coletivo, que pode ser visualizado no inquérito civil público, nem o processo negocial coletivo, vislumbrado nas negociações para a celebração de convenção coletiva (de trabalho ou de consumo). O foco é o processo jurisdicional coletivo.

A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso.

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, *processo coletivo* é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa)⁴ ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.)⁵. Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi:

² Sobre o tema, mais amplamente, DIDIER Jr., Freddie; ZANETI Jr., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.

³ Cf. DIDIER Jr., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 68.

⁴ Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

⁵ Sobre o processo coletivo passivo, DIDIER Jr., Freddie. Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo. Antonio Gidi e Eduardo Mac-Gregor (Org.). Cidade do México: Porrúa, 2008; DIDIER Jr., Freddie; ZANETI Jr., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, nº 165.

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). *Aí está*, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada.⁶

Não parece correto pôr, na definição de processo coletivo, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos – não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; *v. g.*, no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; b) da administradora de consórcio para cobrar valor mensal do consorciado; c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei nº 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará a coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito. Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade – por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da *extensão* dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei nº 8.078/1990). *Finalmente, nada impede que se crie instrumento de tutela coletiva cujo propósito não seja a produção da coisa julgada, como é o caso do incidente de julgamento de casos repetitivos.*

Legitimidade, competência, coisa julgada coletivas *não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em*

⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16. Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. do v. 4 do nosso *Curso de Direito Processual Civil*.

relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas este é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

3. Instrumentos para a Tutela das Situações Jurídicas Coletivas no Direito Brasileiro: a Ação Coletiva e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos

No Direito brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as *ações coletivas* e o *julgamento de casos repetitivos* (art. 928, CPC), como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais⁷.

Ambos os instrumentos podem ser considerados “processos coletivos”⁸, nos termos defendidos neste ensaio, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

Na *ação coletiva*, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo – o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art.1º, par. ún., Lei nº 7.347/1985. O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada. A coisa julgada pode ser desfeita pelos instrumentos usuais do processo coletivo (ação rescisória, ação para produção de prova nova capaz de por si só alterar o resultado da decisão anterior, resultante da coisa julgada *secundum eventum probationis*). No Direito brasileiro, a coisa julgada coletiva somente pode *beneficiar* os membros do grupo. A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, *necessariamente*, e os membros do grupo, no caso de ser favorável. Pendente a ação coletiva, cabe ao membro do grupo, caso queira *sair* (*opt out*) do âmbito de incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo.

O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito (processual ou material, individual ou coletivo; não há restrições como aquelas decorrentes do art. 1º, par. ún., Lei nº 7.347/1985) que se repete em diversos processos pendentes. Esses processos

⁷ Sobre o julgamento de casos repetitivos, DIDIER Jr., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 583-652; ZANETI Jr., Hermes. Comentários ao art. 928. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.332-1.338.

⁸ Em sentido diverso, entendendo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é técnica de processo coletivo, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91-92.

podem ser homogêneos (têm por objeto litigioso questão de direito semelhante) ou heterogêneos (têm objeto litigioso dessemelhante, mas há questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em todos eles – em todos se discute, por exemplo, se uma pessoa jurídica pode ser beneficiária da gratuidade da justiça, embora nos processos pendentes a discussão de fundo seja totalmente diferente)⁹. A repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva. O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: *a)* definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; *b)* eventualmente, uma vez observadas as exigências formais e materiais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. A tese jurídica *vinculará todos os membros do grupo, independentemente de o resultado ser favorável ou desfavorável, como precedente-norma*; não se trata de coisa julgada, mas de força obrigatória do precedente. O julgamento de casos repetitivos pode ser instaurado por provocação do próprio órgão julgador, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte de um processo pendente. Os legitimados à propositura de *ação coletiva*, que não se encaixem em uma dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervenientes (assistentes ou *amici curiae*). A tese jurídica que venha a ser a vencedora poderá ser revista após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos – note que não se trata de coisa julgada, que virá da aplicação da tese jurídica nos casos pendentes e futuros. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados. Para *entrar (opt in)* no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento – por isso, o art. 1.040, §2º, CPC, permite que o membro do grupo desista do seu processo, *saindo* do âmbito da incidência do julgamento de casos repetitivos – ou que proponha uma demanda, de modo a que a decisão seja aplicada também ao seu caso.

As distinções entre as técnicas facilitam que se percebam, também, as semelhanças entre elas.

Além de ambas servirem à tutela de direitos de grupo, há aspectos técnicos semelhantes, como o regramento especial da desistência (seja da ação coletiva, seja do caso que deu azo à instauração do incidente de julgamento de casos repetitivos), a legitimação extraordinária para a provocação de um ou outro, a realização de audiências públicas, a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal

⁹ Percebendo o ponto, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91 e segs.; TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (Coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 127; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 587.

da ordem jurídica e o aumento da participação de outros sujeitos no processo em qualquer dos casos.

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e os litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão.¹⁰ Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, §1º, 998, par. ún., e 1.040, §1º, CPC), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983, CPC), suscitação do incidente, escolha do caso de onde o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais.

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva – é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiária da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É inconcebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva¹¹.

Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos.

Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o “direito de alunas de universidade de usar saia” e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente;

¹⁰ Propondo a escolha estratégica e adequada entre ações coletivas *opt-in* e *opt-out*, cf. DODSON, Scott. An Opt-In Option for Class Actions. *Michigan Law Review*, vol. 115, nº 2, 2016, *no prelo*.

¹¹ ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (Coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 180.

a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido por em outro lugar¹² e sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.110.549/RS, recurso especial repetitivo).

Sendo distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do §6º do art. 1.036 do CPC)¹³.

Há, assim, uma diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivos, é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o *dever* de informar para fim de instauração da ação coletiva¹⁴.

No caso de Mariana, o maior desastre ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão. Tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal a técnica das ações coletivas *opt-out* deve predominar para garantir a adequada tutela.

Se houver desistência ou abandono do caso em andamento, escolhida a ação coletiva como caso-piloto no julgamento de casos repetitivos, poderá o Ministério

¹² DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 171-175.

¹³ Como, aliás, sugeriu CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 231, p. 217-220; Do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.457. Nessa linha, também, o enunciado nº 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º”.

¹⁴ Questão difícil é a compatibilização desse dever com a legitimidade do juiz de provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, I, CPC). Duas são diretrizes desse *Curso*: a) o dever do art. 139, X, é compatível com a legitimidade do art. 977, I; o julgador pode cumprir o dever e provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas; b) o juiz somente pode provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas caso haja algum processo no tribunal de onde o incidente possa ser gerado; assim, tendo conhecimento da repetição, que se revela ainda apenas em primeira instância, cabe ao julgar apenas cumprir o seu dever previsto no art. 139, X, CPC. A previsão desse dever confirma dogmaticamente a tese aqui sustentada: o processo coletivo brasileiro possui duas espécies: a) ações coletivas; b) incidente de julgamento de casos/questiones repetitivos. Ambas as técnicas possuem distinções e similaridades que permitem falar em um devido processo coletivo (*fair trail, processo justo, giusto processo, procès équitable*) para a tutela dos grupos e das situações jurídicas ativas e passivas coletivas.

Público ou qualquer outro colegitimado assumir o polo ativo. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz – aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5º, §3º, Lei nº 7.347/1985). Nesse caso, a tese a ser fixada *aplicar-se-á* ao caso-piloto.

Se houver desistência do caso em andamento, não sendo ele uma ação coletiva, o Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada, migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se aplicará* ao caso-piloto¹⁵. O incidente será julgado; o caso, não. O incidente será julgado, com a fixação da tese jurídica; o caso não será julgado. O incidente transforma-se de “caso-piloto” para caso-modelo, julgamento da tese sem a existência de um processo *tramitando* no tribunal. Em tal situação, cabe recurso contra acórdão que julga o incidente, cujo propósito é exclusivamente discutir a tese jurídica firmada¹⁶; esse recurso é um processo coletivo, pois seu objeto litigioso se resume à definição da situação jurídica coletiva; a esse recurso deve aplicar-se a *regra da ineficácia da desistência infundada em processo coletivo* (art. 5º, §3º, Lei nº 7.347/1985) e não a regra geral de desistência dos recursos (art. 998, CPC); ou seja, não será eficaz, uma vez que não possua justo motivo, a desistência de recurso interposto contra acórdão que julga incidente de casos repetitivos que tenha por objeto apenas a discussão da tese jurídica definida no incidente.

Assim, é preciso fazer a sintonia fina entre esses dois instrumentos que, juntos, compõem o complexo sistema da tutela de direitos coletivos no Brasil.

¹⁵ Assim, enunciado nº 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No caso do art. 998, parágrafo único, o resultado do julgamento não se aplica ao recurso de que se desistiu”.

¹⁶ Assim, o enunciado nº 604 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É cabível recurso especial ou extraordinário ainda que tenha ocorrido a desistência ou abandono da causa que deu origem ao incidente”. Nesse sentido, também, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3.

O Meio Ambiente e a Constituição

Jorge Miranda*

I

1. Não tem mais de cinquenta ou sessenta anos a consciência enraizada da necessidade e da possibilidade de intervenções do Estado e da sociedade para defender e preservar o meio ambiente com vista ao equilíbrio entre a natureza e os seres humanos; e, portanto, também a ideia de um Direito ambiental tem uma relativa novidade.

Por certo, a ligação do homem à natureza tinha estado presente em todas as épocas duma forma ou doutra; e, sobretudo desde o século XVI, na poesia, na música, na literatura de viagens, nas utopias, no mito do bom selvagem. No entanto, com reduzida projeção, porque, entretanto, se viria a assistir a fenómenos, sem paralelo em qualquer outra época, de avanço científico, de crescimento económico, de descoberta e exploração de novas terras e de recursos tidos por inesgotáveis.

Foi só depois da segunda guerra mundial que tudo começaria a mudar, quando, para lá das devastações por ela trazidas, se tornaram mais patentes os efeitos negativos conjugados da industrialização, da urbanização e da motorização; e quando se começaram a fazer sentir-se, com mais nitidez, quer a interação dos fatores tecnológicos e demográficos quer a própria exiguidade e unidade do Planeta. A Conferência de Estocolmo de 1972 representaria um marco decisivo.

O meio ambiente e os recursos naturais vêm, por isso, concitando uma crescente preocupação, pelas ameaças paralelas que vão sofrendo tanto pelo modo de vida das sociedades ditas desenvolvidas e do homem convertido em consumidor como pelas situações de carência de sociedades pobres que não conseguem sobreviver sem o recurso à utilização, ou à destruição mesmo, dos frutos da natureza de que podem dispor sem intermediários. É o maior problema do século XXI e o Direito interno da maior parte dos Estados e o Direito internacional não o ignoram.

2. Ao mesmo tempo vai-se sabendo que o Estado social tem de ser também um Estado *ambiental* (1) ou que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela interconexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais. Na Alemanha, alude-se a um “direito a um mínimo ecológico de existência”, análogo ao “mínimo social de existência”, com base na dignidade da pessoa humana (que proíbe tomar o homem como objeto do mundo técnico-industrial).

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ V. as expressões *Estado de Direito do ambiente*, ou *Estado de Justiça do ambiente* ou *Estado democrático do ambiente* em GOMES CANOTILHO, Jurisdicização da ecologia ou ecologização do Direito, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 4, dezembro de 1995, p. 73 e ss.

Mais ainda: os homens e as mulheres de hoje não têm o direito de gastar todos esses recursos; donde, uma limitação inerente ao objeto do direito que se vai exibir nas condições do seu exercício. E, justamente, para um Autor, PASCALE KROMAREK, o que assinala o direito ao ambiente é que o gozo dos bens ambientais tem os seus limites no próprio ambiente ⁽²⁾. Por outro lado, PETER HABERLE liga a dignidade da pessoa humana à solidariedade entre gerações ⁽³⁾.

Em Portugal, VASCO PEREIRA DA SILVA fala nas obrigações perante as gerações futuras e lembra que o futuro do Homem não pode deixar de estar indissociavelmente ligado ao futuro da Terra ⁽⁴⁾ e GOMES CANOTILHO afirma que a dimensão ecológica da República justifica a expressa assunção de responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de autossustentabilidade ambiental ⁽⁵⁾; MARIA DA GLÓRIA GARCIA apela a que se pense a axiologia do fazer e a responsabilidade pelo futuro e a que se tome a “questão ecológica” como “questão de destino” ⁽⁶⁾; ANTÓNIO LEITÃO AMARO considera o princípio da sustentabilidade tributário de uma ideia de moderação ⁽⁷⁾.

Tal como, no Brasil, JUAREZ FREITAS liga a sustentabilidade ao “direito ao futuro” ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾.

3. Há ainda quem não se confine aos deveres e vá ao ponto de proclamar *direitos fundamentais* das gerações futuras. Eis um tema de debate que vale a pena reter.

Posição francamente favorável, embora conformando os direitos das gerações futuras não como pretensões subjetivas acionáveis, nem como realidades inscritas na dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais, é a de JORGE PEREIRA DA SILVA ⁽¹⁰⁾.

² *Le droit à l'environnement – État de La question*, in: *Conferência Internacional – A garantia do direito ao ambiente*, obra coletiva, Lisboa, 1988, p. 74.

³ *L'État Constitutionnel*, trad., Paris, 2004, p. 143 -144.

⁴ *Verde cor do Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, p. 31.

⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 227.

⁶ V. também *Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência*, para reforçar a sustentabilidade democrática, in: *Boletim da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra*, 2012, I, p. 1 e ss.

⁷ *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 140-141.

⁸ *O princípio constitucional da sustentabilidade*, in: *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, p. 405 e ss.: o princípio da sustentabilidade é tributário de uma ideia de moderação (p. 416-417).

⁹ *Sustentabilidade – Direito ao futuro*, Belo Horizonte, 2011. Cfr. também *Direito Ambiental – o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade* (coord. De Talden farias e Francisco Seraphico da Nóbrega Coutinho). Belo Horizonte. 2010.

¹⁰ Entretanto, não é apenas a propósito do ambiente que se reconhece existirem graves problemas de sustentabilidade e que se torna necessário assumir deveres de solidariedade para com as gerações futuras. Não menos ou não pouco importantes vêm a ser fenômenos tão diversos como:

- A difícil conciliação entre o acesso ao património cultural e sua preservação;
- O envelhecimento das populações e a quebra da natalidade na Europa com efeitos previsíveis na subsistência futura das prestações sociais;
- Inovações tecnológicas constantes que ameaçam, sem alternativas seguras, milhares e milhares de empregos;
- A quebra da qualidade do ensino com implicações na formação dos futuros diplomados de áreas sensíveis;
- A comunicação social de massas e a globalização de estereótipos culturais que ameaçam as identidades nacionais e locais;
- O endividamento excessivo, com elevados juros a pagar no futuro.

¹⁰ *Ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras*, in: *Homenagem ao Professor Doutor Diogo*

Subjetivamente, escreve, os direitos fundamentais fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas nem descontinuidades, mas numa perspectiva objetiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, cerceando-os no seu alcance material ou nas suas possibilidades de exercício, e vinculando as entidades públicas à sua salvaguarda. Trata-se assim, acima de tudo, de uma dimensão jusfundamental que compromete os seus titulares presentes para com os seus titulares supervenientes e que – como certamente já vem presentindo – depende da efetiva assunção pelo Estado das suas responsabilidades (éticas e) jurídicas para com o futuro. Os titulares presentes dos direitos fundamentais têm que agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes não-de suceder.

A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras, continua, não é apenas artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já hoje produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente. Desde logo – adaptando uma ideia recorrente no que toca ao relacionamento entre direitos de sujeitos contemporâneos – os direitos das gerações presentes terminam aí onde o seu exercício irrestrito (ou abusivo) ponha em causa a subsistência dos direitos das gerações futuras, considerando, sobretudo, a dependência destes em face dos pressupostos naturais da vida humana na terra. Os direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanes), se não mesmo restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhe não-de suceder nessa posição. Para que essa eficácia delimitadora se produza em termos efetivos – assim se fechando o círculo –, os direitos das gerações futuras carecem apenas do cumprimento por parte do Estado, com um alcance temporalmente alargado, dos seus deveres de proteção de direitos fundamentais.

Por outras palavras, entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais – que permite falar com propriedade jurídica de direitos das gerações futuras – e a teoria dos deveres estaduais de proteção existe uma ligação umbilical, uma vez que é esta que fornece o caminho dogmático que permite dar tradução prática àquela dimensão e àqueles direitos ⁽¹¹⁾.

Também, em linha mais proclamatória, JUAREZ FREITAS retira do princípio da sustentabilidade o respeito consciente e pleno dos direitos daqueles que ainda não nasceram e a ligação de todos os seres acima das coisas, e define Estado sustentável como guardião da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras ⁽¹²⁾.

Pelo contrário, segundo MASSIMO LUCIANI, para além da ambiguidade e da polissemia da expressão, a questão dos direitos das gerações futuras é, antes de

Freitas do Amaral, obra coletiva (org. por Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória Garcia), Coimbra, 2010, p. 459 e ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 459 e ss., *máxime* 486 e ss.

¹² *Op. Cit.*, p. 34 e 286.

mais, a questão dos interesses do género humano. A razão essencial para não se comprometerem os bens de que poderiam gozar as gerações futuras não está no pretendo direito de um sujeito em potência, mas no interesse de sujeito em ato à própria sobrevivência como (parte do) género humano.

A tese dos direitos das gerações futuras não explica o que aconteceria na hipótese de conflito entre direitos destas e daquelas gerações futuras: teriam sempre razão as mais longínquas? E se são direitos e se forem violados, como encarar um problema de responsabilidade jurídica entre gerações (13)?

Ou, para ANTONIO SPADARO, a tentativa de elaboração de uma teoria de direitos de gerações futuras apresenta um grau de abstracção a roçar a presunção (isto é, paternalismo ético), visto que pretende disciplinar situações jurídicas antes e sem o consentimento dos diretos interessados que, bem pelo contrário, poderiam ter direitos (e deveres) segundo outras e diversas conceções das dos atuais vivos (14). Coisa bem diferente é uma promessa, um empenhamento individual e coletivo ou a assunção de responsabilidades atuais e difusas para com as gerações futuras (15).

4. Entre os anos 40 e 50 e a primeira metade da década de 70 do século passado, as referências constitucionais eram escassas e esparsas [por exemplo, o art. 9º da Constituição italiana ou os arts. 48º-A e 51º, alínea *g*], da Constituição indiana], não apareciam integradas numa visão sistemática e não permitiam extrair das normas todas as suas virtualidades (mesmo se já eram múltiplas as medidas legislativas e administrativas tomadas para acorrer a problemas específicos e se havia uma ou outra decisão judicial relevante).

Uma segunda fase abrir-se-ia com a Constituição portuguesa de 1976, ao consagrar um explícito *direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado* e o dever de o defender (art. 66º) e ao complementá-lo com um largo espetro de incumbências do Estado e da sociedade e, assim, a inseri-lo no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de Direito. Muitas outras Constituições adotariam posturas semelhantes [por exemplo, art. 45º da Constituição espanhola, art. 21º da Constituição holandesa, art. 50º da Constituição iraniana, secção 16, art. 21º da Constituição filipina, arts. 10º, alínea *d*) e 49º da Constituição de São Tomé e Príncipe, art. 11º da Constituição namibiana, arts. 79º, 80º e 88º da Constituição colombiana, art. 144º, nº 2, alínea *e*], da Constituição romena, art. 38º da Constituição russa, arts. 45º, alínea *f*, e 90º da Constituição moçambicana, Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, etc.].

Uma terceira fase dir-se-ia surgir com a Constituição brasileira de 1988, ao impor ao poder público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para *as presentes e futuras gerações* (art. 225º). E ela seria seguida pela Constituição

¹³ *Generazioni future, distribuzione temporale delle spese pubbliche e vincoli costituzionali*, in: *Diritto e Società*, 2008, p. 145 e ss.

¹⁴ *L'amore Del lontano: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, idem*, p. 176.

¹⁵ *Ibidem*, p. 210.

sul-africana (art. 24º), pela Constituição portuguesa após 1997 [art. 66º, nº 2, alínea d)], pela Constituição polaca de 1997 (art. 74º), pela Constituição alemã após 2002 (art. 20º-A), pela Constituição venezuelana (art.127º), pela Constituição timorense (art. 61º, nº 1), pela Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, pela Constituição angolana (art. 39º, nº 2).

Referências a desenvolvimento sustentável e a renovação de recursos naturais encontra-se também não só na Constituição portuguesa (16) e na carta francesa mas também na Constituição cabo-verdiana [art. 73º, nº 2, alínea a)], na polaca (art. 5º) e na húngara (art.O, nº 2).

De realçar ainda a presença de divisões sistemáticas autónomas nos textos constitucionais brasileiros e colombianos (aqui sob a rubrica de *direitos coletivos e do ambiente*); ou a exigência de estudos de impacto ambiental e a obrigação de aqueles que explorem recursos minerais recuperarem o ambiente, na Constituição brasileira (17).

5. Num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, correntemente, três ou quatro gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias, ligadas à sociedade de *informação* e à sociedade de risco (18).

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a aprender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, uma substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.

¹⁶ Desde 1982, no art. 93º, nº 1, alínea d), sobre política agrícola.

¹⁷ Cfr. entre tantos POSTIGLIONE, Amedeo. Ambiente: su significado giuridico unitario, in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, p. 32 e ss.; LUTHER, Jörg. Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania, in: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, p. 2555 e ss.; KISS, Alexandre. Um aspect Du "droit de vivre": Le droit à l'environnement, in: *Essais sur Le concept de "droit de vivre"*, obra coletiva, 1988, p. 65 e ss.; *Conferência Internacional – A garantia do direito ao ambiente*, obra coletiva, Lisboa, 1988; MENUDO, Francisco Lopez. El derecho a La protección del medio ambiente, in: *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*, set./out. 1991, p 161 e ss.; SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*, São Paulo, 1994; USERA, Raul Lanosa. *Constitución y Medio Ambiente*, Buenos Aires-Madrid, 2000; CECHETTI, Marcello. *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milão, 200; HAYWEED, Tim. *Constitutional Environmental Rights*, Oxónia, 2005; BIN, Fabrice. La Charte Constitutionnelle de l'Environnement devant les juges constitutionnels ET administratifs français, in: *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 2011, p. 121 e ss. No Brasil, entre tantos FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, 2º ed., São Paulo, 2002; *Direito do Meio Ambiente*, obra coletiva (coord. De Graciele Corrijo Vilela e Marina Revers), Belo Horizonte, 2009; PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁸ Cfr., por exemplo, PELLOUX, Robert. Vrais er faux droits de l'homme, in: *Revue Du droit public*, 1981, p. 53 e ss.; LUÑO, Pérez. Las generaciones de derechos humanos, in: *Revista del Centro de estudios Constitucionales*, Set./Out. 1991, p. 203 e ss.; RIBEIRO, Marta. A doutrina contemporânea e pós-moderna de direitos fundamentais, in: *Scientia Juridica*, abr./jun. 2005, p. 220 e ss.; ou BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 28ª ed., São Paulo, 2013, p. 578 e ss.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática¹⁹). Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjunção com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos em estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX²⁰). E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.

Finalmente, direitos como os direitos à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento nem sequer entram no âmbito dos direitos fundamentais, porque pertencem a outra área – a dos *direitos dos povos* – ainda que a descolonização tenha trazido à cidadania milhões de homens e mulheres.

6. Não cabe aqui entrar no tratamento jurídico-internacional do meio ambiente.

A par do que acontecia a nível interno, a Declaração Universal (no art. 22º) e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (art. 12º) só incidentalmente se referiram à proteção do ambiente. Seria desde a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, de 1969 [arts. 13º, alínea c, e 25º], passando pelas Declarações de Estocolmo, de 1972, e do Rio de Janeiro, de 1992, e pela carta Mundial da Natureza, de 1982, que ela se tornaria também um objeto inafastável de declarações e convenções internacionais, umas vezes de âmbito universal, outras vezes de âmbito regional, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 24º), o protocolo adicional de 1988 à Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 11º), a carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 37º).²¹

Importa, por isso, sublinhar que não é possível pensar e resolver os problemas do ambiente sem uma constante, intensa e sincera cooperação internacional. Mas falta ainda um longo caminho a percorrer, submetendo os grandes interesses económicos e os egoísmos nacionais ao bem comum universal – porque, retomando palavras do

¹⁹ Cfr., muito próximo, GUERRA, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 137, Jan./Mar. 1998, p. 14.

²⁰ Cfr. PISON, José Martinez de. *op.cit.*, p. 176 (autor que, aliás, acolhe a análise por gerações).

²¹ Cfr., designadamente, PONS, Maguelonne Dejeant. L'insertion Du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes regionaux de protection des droits de l'homme, in: *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1991, p. 461 e ss.; KRÄMER, Ludwig. Le droit à l'environnement et le droit communautaire, in: *Curso de Direito do Ambiente*, Oeiras, p. 147 e ss.; PUREZA, José Manuel. Um estatuto jurídico internacional para o ambiente: patrimônio ou preocupação comum da Humanidade?, in: *Estado e Direito*, 1994, p. 83 e ss.; CASTRO, Paulo Canela de. Mutações e constâncias do Direito internacional do ambiente, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 2, Dezembro de 1994, p. 145 e ss.; PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit International Public*, 9ª ed., Paris, 2008, p. 825 e ss.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed. São Paulo, 2011, p. 977 e ss.; GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*, 7ª ed., São Paulo, 2013, p. 537 e ss.

Papa Paulo VI na encíclica *Populum Progressio*, o desenvolvimento integral do homem implica, exige, o desenvolvimento solidário da humanidade.

II

7. No que tange a Portugal, um antecedente bem curioso – quiçá, sem paralelo noutros países – encontra-se no art. 223º, V, 2ª parte, da Constituição de 1822 ao cometer às câmaras municipais “promover a plantação de árvores nos baldios e nas terras dos concelhos”. Um largo hiato decorreria até à Constituição de 1976.

A grande novidade desta Lei Fundamental não está, porventura, tanto na proclamação de um direito ao ambiente e à qualidade de vida quanto na atribuição ao cidadão ameaçado ou lesado nesse direito da faculdade de pedir a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização (art. 66º, nº 3, inicial): eis a base da subjetivação da tutela (22).

Para além disso, prescrevia-se um correlativo dever; fazia-se apelo a “iniciativas populares”; e apontavam-se várias incumbências do Estado umas preventivas (frente à poluição e à erosão), outras propulsivas (relativas às paisagens e aos sítios, ao aproveitamento racional dos recursos naturais e à estabilidade ecológica). Os arts. 65º, nº 2, alínea a) (sobre política de habitação), 91º (sobre plano) e 103º (sobre ordenamento e reconversão agrária) completavam este quadro.

A revisão constitucional de 1982 elevaria a proteção do ambiente e dos recursos naturais a tarefa fundamental do Estado [art. 9º, alínea e)]; conferiria a todos, e não apenas aos cidadãos ameaçados ou lesados o direito de defesa contra a degradação do ambiente (art. 66º, nº 3); apontaria para uma política nacional de energia [art. 81º, alínea n), hoje alínea m)]; salientaria a necessidade de assegurar o uso e a gestão racional dos solos e dos restantes recursos naturais, bem como a capacidade de regeneração dos solos [art. 96º, hoje 93º, nº 1, alínea d)]; e incluiria as bases da proteção da natureza na reserva relativa de competência parlamentar [art. 168º, hoje 165, nº I, alínea g)].

²² Cfr., entre outros MEDEIROS, Rui. O ambiente na Constituição, in: *Revista de Estudos Sociais*, jan./dez. 1993, p. 177 e ss.; *Direito do Ambiente*, obra coletiva (coord. De Diogo Freitas do Amaral e Marta Tavares de Almeida), Oeiras, 1994; CANOTILHO, Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, I, 1994, p. 55-56; *Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito*, *ibidem*, dez. 1995, p. 73 e ss.; PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade: o Direito do Ambiente em Portugal*, Lisboa, 1996, p. 26 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 535 e ss.; ROUXINOL, Milena Silva. O direito fundamental ao ambiente nas relações jurídico-privadas, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2006, p. 695 e ss.; GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Coimbra, 2007 e *Introdução ao Direito do Ambiente*, Coimbra, 2012; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, p. 884 e ss.; ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*, Coimbra, 2008, p. 519 e 520; *Temas de Direito do Ambiente*, obra coletiva (Cadernos O Direito), Coimbra, 2012; MARIA DA GLÓRIA GARCIA e GONÇALO MATIAS, anotação in: JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, p. 1343 e ss.; LOPES, Manuel Baptista. A propósito do direito ao ambiente como direito humano fundamental na Constituição e na jurisprudência, in: *Tribunal Constitucional – 35 anos da Constituição de 1976*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, p. 147 e ss.

A revisão de 1989 agregaria a realização do “correto ordenamento do território” às tarefas fundamentais do Estado; transferiria a norma sobre tutela para a cláusula geral do art. 52º (a que já nos referimos); e explicitaria o poder das regiões autónomas de desenvolvimento das bases gerais do regime jurídico do ambiente [art. 229, hoje 227, nº 1, alínea c)].

Finalmente, a revisão de 1997 traria a noção de “direitos ambientais” [art. 9º, alínea d)] e a de “desenvolvimento sustentável” (art. 66º, corpo); substituiria “apelo e apoio a iniciativas populares” por “envolvimento e participação dos cidadãos”; introduziria o princípio da solidariedade entre gerações [art. 66º, nº 2, alínea d)]; acrescentaria incumbências concernentes à qualidade ambiental das povoações e da vida urbana e à educação ambiental [art. 66º, nº 2, alíneas e) e g)] e – não menos importante – à política fiscal [art. 66º, nº 2, alínea h)]; preveria também a participação das populações no planeamento urbanístico (art. 65º, nº 5); contemplaria uma política nacional de água art. 81º, alínea n)] e uma política de desenvolvimento florestal (art. 93º, nº 2); e declararia a matéria da proteção do ambiente e dos recursos naturais matéria de interesse específico das regiões autónomas [art. 228º, alíneas c) e d)].

8. Verifica-se que o ambiente recebe um tratamento de duplo alcance. Ele adquire um relevo concomitantemente objetivo e subjetivo – o de elemento institucional e organizatório e o de feixe de direitos fundamentais e de situações subjectivas conexas ou próximas.

O ambiente surge a nível de tarefas fundamentais, de incumbências e de formas de organização do Estado [art. 9º, alínea e), desde logo] e a nível de direitos e deveres fundamentais (art. 66º, 52º e 59º, principalmente).

Mais do que noutras áreas, a multifuncionalidade ou multidimensionalidade torna-se aqui irrecusável. E quer uns aspectos quer outros têm de ser integrados, numa necessária conjugação sistemática, com os demais princípios e com as demais situações subjetivas. Por isso, pode aludir-se à presença no ordenamento português de uma verdadeira “constituição do ambiente” global e coerente, e não de simples pontualizações constitucionais, fragmentárias e assistemáticas ⁽²³⁾.

Sob o primeiro prisma, realcem-se:

a) A assunção da preservação do equilíbrio ecológico entre os objectivos dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 90º) e a interdependência da política ambiental e das demais políticas de âmbito setorial [art. 66º, nº 2, alíneas f), g) e h)];

b) A conexão incidível com a preservação dos recursos naturais [arts. 9º, alínea e), 66º, nº 2, alínea d), 81º, alíneas l) e m), e 93º, nº 1, alínea d)], e com o ordenamento do território [arts. 9º, alínea e), 65º, nº 2, alínea a), 66º, nº 2, alínea b), 93º, nº 2];

²³ CANOTILHO, Gomes. Procedimento Administrativo e defesa do Ambiente, *in*: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3802, p. 8 e 9.

c) A relação estreita ainda com a valorização do património cultural [arts. 9º, alínea e), 66º, nº 2, alíneas c) e e), e 78º;

d) A ligação, também por essa via, à liberdade nacional, até porque a classificação e a proteção de paisagens e sítios se destinam, por seu turno, a garantir a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico [art. 66º, nº 2, alínea c), *in fine*];

e) A complementaridade, a interdependência e a colaboração do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais [arts. 65º, nº 4, 66º, nº 2, alínea e)], 227, nº 1, alínea c), e 257º da Constituição, bem como os arts. 73º, nº 3, 235º, nº1, e 248º];

f) Consequentemente, a possibilidade de intervenções do Estado em matérias de ambiente, urbanismo e ordenamento do território compreendidas (ou compreendidas também) em atribuições municipais, apesar de a tutela administrativa sobre as autarquias locais ser de mera legalidade (art. 243º, após 1982) – pois o Estado age aí no exercício de poderes próprios ou primários [arts. 9º, alínea e), 65º, 66º, 90º e 93º] (24);

g) Traduzindo bem essa colaboração, a proteção da natureza e do equilíbrio ecológico como matéria de reserva relativa de competência legislativas da Assembleia da República [art. 165, nº 1, alínea g)];

h) O não exclusivo das entidades públicas na concretização das incumbências e na efetivação dos direitos, por se postular o envolvimento e a participação de cidadãos (art. 66º, nº 2, corpo) – patentes, no essencial (mas não só), em associações de moradores (arts. 263º e segs., 248º e 267º, nº 1) e em associações de defesa do ambiente (25) – o que bem se compreende à luz de uma “democracia participativa” [arts. 2º, 2.parte, 9º, alínea c), e 267º, nº ..., 1ª parte].

9. Do ângulo das situações subjetivas ressaltam:

a) Não só a previsão de um direito autónomo (ou de um conjunto de direitos autónomos) mas também a implicação no âmbito de outros direitos – nos arts. 59º, nº 1, alínea c), nº 2, alínea c) (direitos dos trabalhadores), no art. 64º, nº 2, alínea b) (proteção da saúde), no art. 65º, nº 1, *in fine*, (habitação), no art. 72º, nº 1 (direitos dos idosos), e nos arts. 73º e 74º (educação);

b) A complexidade, com diversa estrutura, dessas situações jurídicas ativas;

c) A prescrição de um dever de defesa do ambiente, vinculado à ideia de solidariedade entre gerações [art. 66º, nº 1, 2ª parte, e nº 2, alínea d), *in fine*];

d) Em nome do princípio do desenvolvimento sustentável, o não retrocesso ambiental (26).

10. É duvidoso que possa falar-se num único, genérico e indiscriminado direito ao ambiente e, por certo, não existe um direito ao ordenamento do território. Porém,

²⁴ Cfr. Acórdãos nº 432/1993 e 254/1999 do Tribunal Constitucional, de 13 de julho e de 4 de maio, *in: Diário da República*, 2ª série, de 18 de agosto de 1993, e de 15 de junho de 1999, respectivamente.

²⁵ Estas, com a novíssima denominação de organizações não governamentais do ambiente (Lei nº 35/1998, de 18 de julho).

²⁶ Não sem paralelo (mas ainda mais justificável) com a ideia de não retrocesso social: sobre este e a discussão à sua volta, *cfr. Manual...*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, p. 485 e ss. e autores citados.

toda a matéria, direta ou indiretamente, vem a projetar-se no domínio dos direitos fundamentais não tanto pelo seu lugar no texto constitucional quanto pela dinâmica que coenvolve e pelo sentido das normas que a regem ⁽²⁷⁾.

Registem-se então:

a) Em primeira linha, o ambiente e o ordenamento do território contendem menos com direitos subjetivos do que com interesses difusos ⁽²⁸⁾. Não há em rigor, insista-se, um direito a que não se verifiquem poluição ou erosão [art. 66º, nº 2, alínea a)], a usufruir reservas e parques naturais e de recreio, paisagens e sítios [art.66º, nº 2, alínea b) e c)], ou zonas históricas [art. 66º, nº 2, alínea e)]; e, muito menos, um direito a uma correta localização de atividades [art.66, nº 2, alínea b), ainda];

b) Todavia, quando radicam em certas e determinadas pessoas ou quando confluem com certos direitos, tais interesses revertem ou podem reverter em verdadeiros direitos fundamentais;

c) Embora contemplado *ex professo* no título III da parte I da Constituição, o “direito ao ambiente” não suscita só, nem talvez primordialmente, direitos económicos, sociais e culturais. Conduz, outrossim, a direitos, a liberdades e a garantias ou a direitos de natureza análoga ⁽²⁹⁾;

d) Alguns dos direitos relativos ao ambiente têm por sujeitos passivos não só o Estado e entidades públicas, mas também entidades privadas. Nem por isso deixam de ser considerados direitos fundamentais, pela força da unidade da Constituição e dos deveres de proteção que contempla ⁽³⁰⁾;

e) Quanto ao dever de defender o ambiente, trata-se de um dever fundamental, e não de mero efeito externo da previsão de um direito; e dele pode a lei – considerando ainda o art.52º, nº 3 – extrair consequências jurídicas adequadas quer no âmbito da responsabilidade civil, quer no do ilícito de mera ordenação social, quer no do ilícito criminal;

f) Afigura-se, no entanto, exagerado acabar por reconduzir a relevância do bem jurídico ambiente a uma espécie de direito-função ⁽³¹⁾. Sem negar a imbricação

²⁷ Sobre a estrutura do direito ao ambiente, *cf.* ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 429; KISS, Alexandre. Um aspect du “droit de vivre”: Le droit à l’environnement, in: *Essais sur Le concept de “droit de vivre”*, obra coletiva, 1988, p. 65 e ss., e *Le droit à La conservation de l’environnement*, in *Revue universelle des droits de l’homme*, 1990, p 445 e ss.; FRANCISCO LOPEZ MENUDO, Francisco Lopez. El derecho a La protección del medio ambiente, in: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, set./out. 1991, p. 161 e ss.; CANOTILHO, Gomes. Privatismo, associativismo e publicismo na Justiça administrativa, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3857, p. 232 e ss. e O direito ao ambiente como direito público subjetivo, in: *Scientia Jurídica*, 2005, p. 47 e ss.; ANTUNES, Luís Colaço. O Direito do Ambiente como Direito da Complexidade, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 10, dezembro de 1998, p. 39 a ss.; SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes, cit., loc.cit.*, p. 127 e ss.; BAPTISTA, Luís Carlos. *O direito subjetivo ao ambiente: um artifício legislativo e jurisdicional*, in *Revista de Direito do Ambiente e do Ordenamento do Território*, 2011, p. 146 e ss.

²⁸ Sobre interesses difusos, v. JÓRGE MIRANDA, *Manual*, IV, 5ª ed., p. 83 e ss., e Autores citados.

²⁹ *Cfr.*, em sentido algo diverso, CANOTILHO, Gomes. *Procedimento Administrativo Defesa do Ambiente, cit., loc.cit.*, nº 3802, p. 8 e 9; e CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, p. 77 (recortando o direito ao ambiente como um direito de personalidade humana).

³⁰ *Cfr. Manual*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, p. 369 e 370.

³¹ Como preconiza PUREZA, João Manuel. *op.cit., loc. cit.*, p. 24.

recíproca dos direitos e do dever, tal poderia sugerir um ecocentrismo contraditório com o sistema constitucional.

11. Enquanto reconduzíveis a direitos, a liberdades e a garantias ou a direitos de natureza análoga, os direitos atinentes ao ambiente são direitos de autonomia ou de defesa das pessoas perante os poderes, públicos e sociais, que sobre elas se exercem ou que as condicionam. Imediatamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e as entidades privadas.

Perpassa aí uma estrutura negativa – embora não sem incidências positivas – visto que eles têm por contrapartida o respeito, a abstenção, o *non facere*. O seu escopo é a *conservação* do ambiente³² e consiste na pretensão de cada pessoa a não ter afetado *hoje, já* o ambiente em que vive e em, para tanto, obter os indispensáveis meios de garantia.

E, para lá desse núcleo essencial, deparam-se aí:

- o direito à informação sobre o ambiente, de diferentes quadrantes (art. 66º, nº 1, conjugado com os arts. 37, nº 1, 48º, nº 2, e 268º, nºs 1 e 2);
- o direito de constituir associações de defesa do ambiente (arts. 46º e 66º, nº 2);
- o direito de participação na formação das decisões administrativas relativas ao ambiente (art. 66º, nº 1, conjugado com o art. 267º, nº 4);
- o direito de impugnar contenciosamente decisões administrativas que possam provocar a degradação do ambiente (art. 268º, nº 4);
- o direito de “ação popular” para, pessoalmente ou através de associações, promover a prevenção, a cessação ou a “perseguição judicial”, de atos tendentes à degradação do ambiente [art. 52º, nº 3, alínea a), 1ª parte]³³;
- o direito de requerer para o lesado ou os lesados pela degradação do ambiente a correspondente indemnização [art. 52º, nº 3, alínea a), 2ª parte];
- o direito de resistência a qualquer ordem ou a qualquer agressão de particular que ofenda o direito ao ambiente (art. 21º).

12. Por sua vez, enquanto direito económico, social e cultural, o direito ao ambiente é um direito a prestações positivas do Estado e da sociedade, um direito a que seja criado um “ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado” (art. 66º, nº 1, de novo).

Em especial também, indiquem-se:

- o direito dos trabalhadores à higiene no trabalho [art. 59º, nº 1, alínea c)];
- o direito a especial proteção dos trabalhadores que desempenham atividades em condições insalubres, tóxicas ou perigosas [art. 59º, nº 2, alínea c), 3ª parte];
- o direito à habitação em condições de higiene e conforto (art. 65º, nº 1);

³² Cfr. KISS, Alexandre. *Le droit...., cit., loc.cit.*, p. 445 e ss., *máxime* 447.

³³ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. A participação popular na defesa do ambiente – Uma inconstitucionalidade por omissão?, in: *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, obra coletiva, II, Coimbra, 2012, p. 249 e ss.

– o direito dos idosos a condições de habitação e convívio familiar e comunitário adequados (art. 72º, nº 1).

13. Com esta estrutura bifronte, os direitos atinentes ao ambiente ficam sujeitos ora ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17º), ora ao dos direitos económicos, sociais e culturais.

De todo o modo, eles têm de ser conjugados com os restantes direitos fundamentais; alguns destes direitos – particularmente o direito de manifestação, a propriedade e a iniciativa económica – podem sofrer restrições ou condicionamentos por força da garantia dos direitos e dos interesses difusos ao ambiente e ao ordenamento do território; tudo está em conseguir, também nesta matéria, a harmonização e a otimização de todos os direitos, de harmonia com o princípio da proporcionalidade, o que nem sempre se mostra fácil ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

III

14. A Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 estabeleceram, tardiamente, a maturidade democrática nos dois países não só com direitos de liberdade e garantias individuais mas também com direitos sociais e direitos ambientais, num nexu incidível.

Os direitos, liberdades e garantias, ao fim de já várias décadas, estão hoje assegurados e enraizados na consciência jurídica geral e nas instituições. Ao invés, um longo caminho falta ainda percorrer para a realização dos direitos sociais e dos direitos ambientais, por eles dependerem de fatores tão diversos como a conjugação dos poderes legislativo, executivo e judicial, a eficiência da Administração e as condições económicas internas e externas.

Por isso, um papel decisivo cabe à cidadania e à revitalização da democracia.

Sim, mais e melhor democracia, em todas as suas vertentes: *democracia participativa*, pela participação dos cidadãos e dos grupos de cidadãos nos procedimentos de definição de políticas públicas sectoriais e na gestão e no controlo dos serviços que diretamente os afetam; *democracia semidireta*, pela habituação à prática de referendos, inclusive para revogação popular de mandatos; e por uma mais autêntica *democracia representativa*, através da democratização interna dos partidos, da abertura a eleições primárias, da independência dos Parlamentos perante os Executivos e os lóbis, da limitação dos mandatos.

Perante as exclusões, as marginalizações e as desigualdades que subsistem o que é preciso é mais, e não menos, Estado social e Estado ambiental. O que é preciso é

³⁴ Cfr. REIS, José Pereira. *Tema de Direito do Ambiente*, Lisboa, 1988, p. 87 e ss.; ANTUNES, Colaço. *O Direito do Ambiente*, cit., loc.cit., p. 42; CANOTILHO, Gomes. O caso da quinta do Taipal (protecção do ambiente e direito de propriedade), in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3850 e 3851, p. 44 e ss.; AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e Hermenêutica no Direito*, Porto Alegre, 1999, p. 149 e ss.

³⁵ Cfr., recentemente, acórdão nº 194/1999 do Tribunal Constitucional, de 23 de março, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 258, de 5 de novembro de 1999.

mais e melhor democracia. Estado social, Estado ambiental e democracia – em suma, democracia inclusiva de todos para todos. Estado democrático de Direito ou Estado de Direito democrático nas suas diversas dimensões, em plenitude.

As Normas de Reprodução, Imitação e Remissão como Parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das Leis Orgânicas Municipais

Paulo Modesto*

Sumário

1. Introdução. 2. Normas de Reprodução, Imitação e Remissão: Peculiaridades. 3. Evolução da Matéria no Supremo Tribunal Federal. 4. Normas Estaduais com Remissão às Leis Orgânicas Municipais.

Palavras-chave

Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional Estadual. Normas de Remissão. Normas de Imitação. Normas de Devolução. STF. Federação. Coordenação Normativa.

1. Introdução

As normas da Constituição do Estado são o único e exclusivo parâmetro de controle abstrato das leis estaduais e municipais perante o Tribunal de Justiça dos Estados. Em princípio, as normas da Constituição Federal apenas podem servir de fundamento autônomo de controle em segundo grau nos Estados nos incidentes de inconstitucionalidade, como questão prejudicial ao próprio julgamento da representação de inconstitucionalidade. As Leis Orgânicas Municipais, por igual, não são consideradas parâmetro constitucional de controle das leis municipais, admitindo-se que o conflito entre as leis orgânicas e as demais leis municipais cinge-se ao plano da simples infração à legalidade. No âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, o Tribunal de Justiça está limitado a empregar como parâmetro de controle unicamente a Constituição Estadual e suas normas. Trata-se de questão pacificada na doutrina e na jurisprudência nacional, porque diretamente decorrente do Art. 125, §2º, da Constituição Federal. Não é preciso aparentemente demorar-se nela.

* Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site <www.direitodoestado.com.br>.

O problema está na identificação de quais normas integram a própria Constituição Estadual. Textos integrantes da Constituição Estadual que reproduzem literalmente textos da Constituição Federal traduzem norma constitucional estadual ou federal? E se, de forma ainda mais econômica, evitando a reprodução ou a imitação, a Constituição Estadual simplesmente faz remissão específica ou genérica a enunciados da Constituição Federal como normas obrigatórias, devem tais normas receber a qualificação de normas estaduais ou federais para fins de controle? E, por igual, qual o critério a seguir quando a norma fundamental estadual reenvia para normas das leis orgânicas municipais, especialmente as atinentes ao processo legislativo municipal?

A questão apresenta *expressivo relevo prático*, pois conforme a resposta dada às referidas interrogações teremos um *amplo ou um reduzidíssimo sistema de controle estadual concentrado da Constitucionalidade das Leis, especialmente em matéria administrativa e tributária*. A maioria das Constituições estaduais no Brasil reproduziu extensamente normas da Constituição Federal ou construiu normas fundamentais de seu sistema mediante o emprego de enunciados remissivos à Constituição Federal. As Constituições Estaduais, ainda, frequentemente se omitem sobre o processo de elaboração das leis municipais e sobre as bases elementares da organização administrativa municipal. Recusar a essas normas estaduais, construídas por simples remissão ou de mera reprodução, aptidão para servirem de parâmetro de controle sob o argumento de serem ocas ou inúteis, esvazia o sistema de controle concentrado de constitucionalidade estadual; admiti-las com amplitude, por outro lado, significa *aceitar a possibilidade de variação incontrolada do sentido de normas constitucionais estaduais* ou a alteração do parâmetro estadual de controle de constitucionalidade por formas alheias ao processo de reforma constitucional estadual. É um dilema poucas vezes refletido.

2. Normas de Reprodução, Imitação e Remissão: Peculiaridades

A Federação brasileira não é apenas um pacto político. É também um **complexo normativo coordenado**, que reúne **ordens jurídicas distintas**, delimitadas segundo o âmbito territorial de validade. Essa é a base para classificar, no sistema jurídico brasileiro, as normas em nacionais, federais, estaduais, municipais ou distritais.

A transposição, repetição ou remissão de normas entre ordens jurídicas distintas é fenômeno usual no federalismo brasileiro, diante da *primazia da Constituição Federal sobre as demais ordens jurídicas* e o *mimetismo normativo* decorrente da fragilidade dos entes subnacionais, sendo frequente que as leis fundamentais das ordens estaduais, distritais e municipais *reproduzam literalmente enunciados normativos* presentes na Constituição Federal *ou incorporem, por remissão, conteúdos constantes de enunciados constitucionais nacionais*. Essa transposição normativa pode ser *implícita* ou *expressa* e, neste último caso, *obrigatória* ou *voluntária*.

Essa constatação tem autorizado a doutrina a *classificar as normas da Constituição Estadual conexas à Constituição Federal em três grupos distintos*:

- a) Normas de reprodução obrigatória;
- b) Normas de imitação;
- c) Normas de remissão.

As normas de reprodução obrigatória independem de transcrição na Constituição Estadual. Podem, por isso, ser expressas ou implícitas. Há normas da Constituição da República que, mesmo não enunciadas expressamente na Constituição Estadual, são consideradas como dela integrantes, por imposição do denominado *princípio da simetria* (ex. *normas básicas do processo legislativo federal, conf. STF, ADI 276, Rel. Sepúlveda Pertence*) ou por serem *normas expressamente adotadas com caráter nacional obrigatório* (ex. *princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência na administração pública, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal*).¹ As normas de reprodução não admitem a existência de normas constitucionais locais contrárias ou diferenciadas ao paradigma estabelecido na Constituição Federal.

As normas de imitação traduzem exercício de parcela da autonomia normativa dos Estados-membros. Não há normas de imitação implícitas, mas apenas expressas. Nesta categoria há *mimetismo constitucional*, deliberada intenção de reproduzir e transpor para a Constituição Estadual enunciados prescritivos constantes da Constituição Federal, incorporando-os ao texto constitucional local. São normas que poderiam ter disciplina diversa, inovadora ou criativa, peculiar em cada Estado-membro, mas que o constituinte estadual delibera simplesmente imitar do texto constitucional federal. Por isso, são normas que podem ser revogadas, modificadas ou substituídas sem infração à ordem constitucional nacional.²

As normas de remissão são veiculadas por enunciados constitucionais de *conteúdo prescritivo incompleto e são dependentes da vigência e conteúdo do enunciado referido*. São normas de *caráter funcional ambíguo*, pois podem traduzir: (a) parcela da autonomia normativa dos Estados-membros (neste caso são simples *equivalentes funcionais das normas de imitação*); (b) fórmula para incorporar de modo elíptico conteúdos prescritivos de reprodução obrigatória (neste caso são simples *equivalentes funcionais das normas de reprodução obrigatória*); (c) normas de devolução, isto é, normas que devolvem a disciplina da matéria a normas indeterminadas de veículos normativos diversos ou a normas do próprio veículo de referência (normas de autorreferência),

¹ Conferir, por exemplo, o julgamento do RE 598016 AgR / MA, Relator Min. EROS GRAU, 20/10/2009, Segunda Turma, DJe-213, 12-11-2009, public 13-11-2009, EMENT VOL-02382-07, PP-01293, EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido."

² Na lição clássica de RAUL MACHADO HORTA, as normas constitucionais estaduais de imitação ou, simplesmente, normas de imitação, são normas autônomas que "exprimem trabalho de imitação ou de cópia de texto da Constituição Federal, que é assim inscrito na Constituição Estadual pela atração exercida por técnica federal mais apropriada na definição ou disciplina de determinado instituto constitucional" (Imunidades Parlamentares do Deputado Estadual, Minas Gerais, Imprensa Oficial, 1967, p. 31).

sem incorporar conteúdo prescritivo algum (neste caso funcionam como *normas remissivas formais*, caracterizadas pela renúncia à recepção de conteúdo normativo determinado sobre a matéria referida ou simples técnica de evitar autorredundância normativa). Exemplos serão dados adiante.

Nos dois primeiros casos, são *normas remissivas de conteúdo material*; no terceiro, *normas de remissão de conteúdo formal*. Em qualquer caso exigem texto expresso e, se normas materiais, caracterizam-se pela *possibilidade de derrogação indireta do seu conteúdo prescritivo quando derogado o enunciado referido* (o que não ocorre, obviamente, com as remissões meramente devolutivas, pois não possuem conteúdo material imediato).

Como se pode inferir, ao menos nas duas primeiras hipóteses de norma remissiva (*normas remissivas materiais*), uma vez *determinado o conteúdo prescritivo por coordenação*, são normas dotadas de sentido operativo preciso e constituem normas vigentes e obrigatórias no âmbito jurídico em que estão estabelecidas, independentemente do fato de completarem o seu sentido com a incorporação de enunciados de outras ordens normativas. Podem e devem ser consideradas como parâmetro de controle válido perante a jurisdição constitucional estadual concentrada. Na terceira hipótese, porém, como normas de simples devolução, são normas vigentes, mas sem conteúdo material específico, o que afasta apenas neste caso a sua utilidade no controle abstrato de constitucionalidade estadual.

Em resumo, as normas constitucionais estaduais de reprodução obrigatória, de imitação ou de remissão material são normas constitucionais operativas no âmbito estadual — não são ruídos, textos ociosos, normas inúteis ou normas da Constituição Federal. Constituem *parâmetro idôneo de fiscalização concentrada de constitucionalidade no âmbito estadual*, normas de obrigatório acatamento, mesmo que denotem a reprodução, imitação ou incorporação remissiva de textos da Constituição Federal. Não importa que decorram de reprodução ou reenvio obrigatório ou voluntário. Tampouco interfere em sua aplicação o fato de repetirem o texto ou realizarem a remissão inequívoca a texto da Constituição Federal. São *normas estaduais, exigíveis e passíveis de transgressão, embora revelem mimetismo normativo, ou técnica de evitar repetições normativas ou ainda simples forma de abreviar o texto constitucional estadual*. De outra parte, as normas de remissão devolutivas, de caráter exclusivamente formal, embora vigentes e eficazes para revogar disposições em contrário, remetem o seu conteúdo próprio à disciplina jurídica de *enunciados normativos indeterminados ou são normas de simples autorreferência*, sem realizarem a importação ou incorporação de novo conteúdo material vinculante.

Em um país dotado de Constituição Federal abrangente, extensa e minudente, recusar a eficácia a essas normas de reprodução, imitação ou remissão material como parâmetros de controle de constitucionalidade na ordem local é negar o valor normativo à expressiva parcela da Constituição Estadual, aviltar a proteção de valores constitucionais sensíveis, reduzir a quase nada a jurisdição constitucional estadual.

Porém, é preciso evitar simplificações. *A classificação trata da norma constitucional estadual como significação (conteúdo prescritivo) e não como simples texto normativo*

(*significante*). O texto de um artigo da lei maior estadual pode conter várias normas, uma única norma ou apenas fragmento de norma (fragmento de prescrição). Pode conter uma norma remissiva material e, ao mesmo tempo, em outra parte, simples norma remissiva formal ou meramente devolutiva.

Em *matéria tributária*, é fácil exemplificar o quanto vem de ser dito em face da Constituição do Estado da Bahia. Nesta matéria as normas de reprodução, imitação ou remissão material são de extrema relevância, pois a Constituição Baiana foi lacônica quanto aos limites do poder de tributar, tratando de todos os princípios e garantias dos contribuintes em dois únicos artigos (Art. 149 e Art. 150).

No Art. 149 averbou:

Art. 149. O sistema tributário estadual obedecerá ao disposto na Constituição Federal, em leis complementares federais, em resoluções do Senado Federal, nesta Constituição e em leis ordinárias.

A *primeira parte do dispositivo* (“o sistema tributário estadual obedecerá ao disposto na Constituição Federal”) encerra *norma de remissão material*, que incorpora conteúdos prescritivos específicos presentes no Sistema Tributário Nacional, inclusive as limitações ao Poder de Tributar, a discriminação dos Impostos dos Estados e dos Municípios e a Repartição das Receitas Tributárias. Ao invés de transcrever as normas de todo este conjunto de prescrições, a Lei Fundamental da Bahia simplesmente o incorporou, por remissão, à Constituição Estadual. Trata-se de forma de enunciação ou *regulação indireta*, por recepção de normas determinadas e enunciadas na Constituição Federal, que neste caso seriam obrigatórias para os Estados-membros mesmo na ausência de norma de remissão expressa, observado o disposto no Art. 11 do ADCT, da Constituição Federal.

A *segunda parte do dispositivo*, que remete a leis complementares federais, a resoluções do Senado Federal, a leis ordinárias ou a normas constantes da própria Constituição estadual traduz *remissão meramente devolutiva ou formal*, não podendo esse fragmento servir de parâmetro de controle no âmbito da fiscalização concentrada de constitucionalidade estadual. Na primeira hipótese, porque a remissão não incorpora conteúdo de norma fundamental específica, determinada, passível de recepção. Na segunda hipótese, porque a remissão da Constituição Estadual a norma dela mesma constitui simples remissão formal, sem conteúdo novo de recepção, posto que a violação de qualquer norma da própria Constituição Estadual é suficiente para a decretação da inconstitucionalidade, independentemente da remissão.

Não se trata de uma distinção cerebrina ou inusitada. LÉO FERREIRA LEONCY, em trabalho precursor e de mérito, embora sem tratar das normas de autorremissão, já classificava as normas remissivas em “normas de recepção” e “normas de devolução” (*Controle de Constitucionalidade Estadual: as normas de*

observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 95-97).

Para o referido autor, “se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições estaduais, apesar de seu caráter dependente e incompleto, mantêm sua condição de proposições jurídicas, não haveria razão para se lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle de abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça” (ob. cit., p. 94). Por outro lado, as normas de devolução, por “não revelarem qualquer disciplina normativa” não “constituem parâmetro adequado para, em face delas, se proceder ao controle abstrato das normas estaduais ou municipais” (ob. cit., p. 96).

3. Evolução da Matéria no Supremo Tribunal Federal

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal julgou, em sessão plenária, na Reclamação nº 370 que faleceria competência aos Tribunais de Justiça estaduais para conhecer de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face de parâmetros formalmente estaduais, mas “substancialmente” integrantes da ordem constitucional federal. Na ocasião, aduziu-se que as normas de reprodução obrigatórias constantes da Constituição Estadual seriam, “em termos estritamente jurídicos”, “ociosas” (Rcl. nº 370, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, julgada em 09.04.1992, DJ de 29.06.2001). Em momento posterior, tratando de “normas remissivas”, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE 213.120, julgado em 16/12/1999, DJ 02-06-2000 PP-00013, tendo em foco o próprio Art. 149 da Constituição do Estado da Bahia, sob a relatoria do Min. MAURÍCIO CORRÊA, recusou igualmente autonomia a normas de mera remissão genérica à Constituição Federal, conquanto já admitisse a utilização de normas de reprodução e de normas de imitação como parâmetros autônomos de controle.

No entanto, a tese da ociosidade das normas de reprodução, imitação ou remissão logo foi atacada na própria Corte sob diferentes argumentos:

a) se as normas estaduais referidas fossem tidas como ociosas seria necessário, em qualquer ação de representação estadual, a análise preliminar da Constituição Estadual em face de todos os dispositivos da Constituição Federal, de modo a determinar os limites da competência da jurisdição estadual, tendo ainda cabimento imediato reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, o que inviabilizaria na prática a jurisdição constitucional estadual e estabeleceria relevante insegurança jurídica;

b) as normas da Constituição Federal que tratam da intervenção dos Estados nos municípios perderiam eficácia, ao menos na hipótese de violação de princípios sensíveis (Art. 35, IV, CF), pois estes são normas de reprodução obrigatória na Constituição dos Estados-membros e nas leis orgânicas, e não poderiam ser apreciados perante a jurisdição estadual;

c) a reprodução ou remissão de normas da Constituição Federal pelas Cartas Estaduais não afetaria a competência do Supremo Tribunal Federal para interpretar

em último grau a Constituição Federal, desde que se admitisse o cabimento de recurso extraordinário contra decisões das Cortes Estaduais destoantes da jurisprudência da Corte Suprema na aplicação de enunciados reproduzidos ou alusivos à Constituição Federal;

d) no Brasil, em razão da abrangência do texto constitucional federal e do caráter ainda centrípeto imprimido ao nosso federalismo, pouco restaria aos Tribunais de Justiça em sede de controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, dado o amplo emprego de normas de imitação, reprodução e remissão no texto das Constituições Estaduais, tornando inócuo o próprio Art. 125, §2º, da Constituição Federal.

A orientação jurisprudencial restritiva, assim, foi superada pela evolução jurisprudencial da Corte Suprema. Essa evolução ocorreu em duas etapas.

Em primeiro lugar, a recusa da relevância jurídica autônoma das normas de reprodução obrigatória e das normas de imitação presentes nas Constituições Estaduais foi abandonada pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento da **Reclamação nº 383**, da Relatoria do Min. MOREIRA ALVES, julgada em 11.06.1992, DJ de 21.05.1993.

A Reclamação 383, verdadeiro *leading case na matéria*, ficou assim ementada:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.

Na matéria, a orientação adotada na Reclamação 383 tornou-se dominante, permanecendo sedimentada na Suprema Corte até o presente momento, como se pode conferir nos seguintes julgados: Rcl 337, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, DJe 19.12.1994; Rcl 596 AgR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno, 30/05/1996, DJ 14-11-1996 PP-44487; Rcl 2076, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Pleno, DJe 08.11.2002; Rcl 10.500, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 26.10.2010; Rcl 15.826, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29.10.2013; Rcl 16862, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 19.12.2013; Rcl 16640, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 20.11.2013; Rcl-AgR 12.653, Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe 11.10.2012; Rcl 2462, Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe-084 05.05.2014).

*Em segundo passo de evolução, o Supremo Tribunal também afastou a tese da ociosidade das **normas constitucionais estaduais de remissão**, sobretudo a partir do*

Julgamento da Rcl 10.500, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 26.10.2010. Cuidava-se na reclamação de decisão estadual fundada em norma da Constituição paulista, de remissão abrangente e genérica, a saber, o art. 1º da Constituição do Estado de São Paulo: “O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal”. Segundo o acórdão, o “conteúdo remissivo desse preceito constitucional estadual torna legítimo considerá-lo como padrão de referência para o fim específico de se ajuizar a ‘representação de inconstitucionalidade’”. A riqueza da ementa recomenda a sua transcrição literal:

RECLAMAÇÃO — FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO (RTJ 134/1033 — RTJ 166/785) — COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA PARA EXERCER O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS CONTESTADOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS ESTADOS-MEMBROS (CF, ART. 125, § 2º) — A QUESTÃO DA PARAMETRICIDADE DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS ESTADUAIS, DE CARÁTER REMISSIVO, PARA FINS DE CONTROLE CONCENTRADO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS CONTESTADOS, PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — DOCTRINA — PRECEDENTES — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. — O único instrumento jurídico revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade de lei ou de atos normativos estaduais e/ou municipais, é, tão somente, a Constituição do próprio Estado-membro (CF, art. 125, § 2º), que se qualifica, para esse fim, como pauta de referência ou paradigma de confronto, mesmo nos casos em que a Carta Estadual haja formalmente incorporado, ao seu texto, normas constitucionais federais que se impõem à observância compulsória das unidades federadas. Doutrina. Precedentes. — Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. — Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o *corpus* constitucional dessa unidade política da Federação,

o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. Doutrina. Precedentes.

Essa orientação havia sido adotada, pioneiramente, por decisão monocrática na **Rcl 4432/TO**, pelo Min. GILMAR MENDES, decidida em 27/09/2006, DJ 10/10/2006 PP-00049, RDDP nº 45, 2006, p. 159-166. Neste julgamento, cuidava-se de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que, na ADI nº 1.523, utilizara como parâmetro de controle de tributo municipal o Art. 69, da Constituição de Tocantins, que assim prescrevia: “Art. 69. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, aplicam-se ao Estado e aos Municípios as vedações ao poder de tributar, previstas no art. 150 da Constituição Federal”.

Declarada a inconstitucionalidade no plano estadual, o Município de Palmas interpôs reclamação, mas o Ministro GILMAR MENDES negou seguimento ao recurso, por ser “manifestamente improcedente”, invocando as lições de LÉO FERREIRA LEONCY, para afirmar a plena eficácia das normas constitucionais estaduais remissivas e sua autonomia em face do parâmetro de controle federal, para fins de definir o Tribunal competente para se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo local.

O fato das normas remissivas estarem vertidas em enunciados incompletos, dependentes de determinado elemento de enunciados da norma constitucional remetida, não lhes retira a idoneidade e autonomia para fundamentar o exercício da fiscalização abstrata de constitucionalidade no âmbito estadual. Na precisa dicção do Ministro GILMAR MENDES, na **Rcl. 4432/TO**:

Se uma norma estadual ou municipal viola ou não uma proposição constitucional estadual remissiva é circunstância que apenas se saberá após a combinação entre norma remissiva e norma remetida, que é o que vai determinar o alcance normativo do parâmetro de controle a ser adotado. Entretanto, uma vez determinado esse alcance, a anulação da norma estadual ou municipal por violação a tal parâmetro nada mais é do que uma consequência da supremacia da Constituição Estadual no âmbito do Estado-membro. Em outras palavras, as consequências jurídicas decorrentes de eventual violação à proposição remissiva constante da Constituição Estadual derivam da própria posição hierárquico-normativa superior desta no âmbito do ordenamento jurídico do Estado-membro, e não da norma da Constituição Federal a que se faz referência. Assim, se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições Estaduais, apesar de seu caráter dependente e incompleto, mantêm

sua condição de proposições jurídicas, não haveria razão para se lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça.

É útil consultar, na mesma orientação, outros precedentes relevantes: **MC na ADPF 100/TO**, decisão monocrática do relator, Ministro CELSO DE MELLO, DJe-240, publicada em 18/12/2008, RTJ VOL-00207-03, PP-01283; **Rcl 10873/RO**, decisão monocrática do relator, Ministro AYRES BRITTO, DJe-069, Divulg 11/04/2011, Public 12/4/2011.

Em conclusão, tem-se como indeclinável a jurisdição dos Tribunais de Justiça para conhecer em sede de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais ou estaduais em face da Constituição estadual, mesmo quando a norma parâmetro limite-se a “estadualizar” enunciados prescritivos da Constituição federal por remissão, imitação ou reprodução, abrindo-se ao interessado a possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a aferir eventual contrariedade à jurisprudência da suprema corte sobre o alcance ou sentido do enunciado federal.

Sobre o cabimento de recurso extraordinário é relevante anotar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mais restritiva do que a assumida no presente texto. O Tribunal limita a possibilidade de manejo do recurso extraordinário em sede de controle abstrato estadual – arguição de lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual – apenas quando a questão envolva norma da Constituição Federal de reprodução obrigatória na Constituição estadual (RE 246903 AgR, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, Acórdão eletrônico DJe-251 Divulg 18-12-2013, Public 19-12-2013; AI 694299 AgR, Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, Acórdão Eletrônico DJE-032 Divulg 14-02-2014, Public 17-02-2014) A orientação invoca a **Súmula nº 280**, ainda vigente, para inadmitir recurso extraordinário quando violada simples norma de imitação: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Na verdade, a norma parâmetro deve ser considerada em qualquer caso direito local, direito constitucional estadual, mas ao mesmo tempo uma hipótese especial de cabimento de recurso extraordinário, admitido com vistas a preservar a competência originária do Supremo Tribunal Federal para interpretar em último grau os enunciados da Constituição Federal (Art. 102, CF). Registre-se a respeitosa divergência.

4. Normas Estaduais com Remissão às Leis Orgânicas Municipais

Pela técnica da remissão normativa, a Constituição Estadual incorpora voluntaria e formalmente como próprio do texto constitucional estadual o conteúdo dos enunciados referidos, delimitando o parâmetro de controle e completando o sentido da prescrição constitucional estadual. A doutrina e jurisprudência cuidam do tema apenas como forma de “estadualizar” conteúdos de enunciados da Constituição Federal.

A fortiori, a mesma inteligência deve ser aplicada quando, por decisão própria, a Constituição Estadual incorpora como elemento integrante de seu conteúdo prescritivo o sentido de disposição constante de Lei Orgânica Municipal, como forma de integração de seu conteúdo em matéria processual para servir como parâmetro de controle da legitimidade das normas infraconstitucionais municipais derivadas. Não fosse assim, o controle da violação do devido processo legislativo municipal, forma típica da inconstitucionalidade formal ou procedimental, dependeria da existência de previsão detalhada na Constituição do Estado do processo legislativo municipal. O absurdo da conclusão prova o absurdo da premissa. Seria impossível à Constituição Estadual cuidar em detalhe do processo legislativo municipal e, sem remissão a outras fontes, disciplinar ampla variedade de temas, razão pela qual incorpora como integrante de seu conteúdo normas da Constituição Federal e normas do estatuto fundamental dos municípios, empregando a técnica das remissões expressas.

A matéria não tem recebido a atenção merecida. Na jurisdição estadual, como visto, emprega-se unicamente as normas estaduais, mas o conteúdo destas pode referir ou recepcionar enunciados determinados de outras ordens jurídicas da Federação. A Constituição Estadual permanece o único parâmetro de controle de constitucionalidade em sede estadual tanto para leis estaduais quanto para leis municipais, mas o seu parâmetro de confronto é conformado tanto por *conteúdos prescritos descritos de forma direta* quanto por *conteúdos normativos apurados por coordenação normativa*, decorrentes da remissão a textos prescritivos federais ou municipais, de sua expressa eleição, como se na Constituição Estadual fossem diretamente transcritos.

Não há dúvida de que o emprego da técnica das normas remissivas alarga o parâmetro de confronto no controle concentrado de constitucionalidade. No plano federal, esse alargamento pode extravasar, inclusive, do ordenamento jurídico nacional, com incorporação ao sistema de *normas de direito internacional* (Art. 5º, §§ 2º e 3º, e 178 da Constituição Federal). No âmbito dos Estados, completa topicamente o conteúdo da norma constitucional estadual, seja com incorporação de prescrições do texto constitucional federal seja com a incorporação de prescrições das leis orgânicas municipais diretamente incidentes no caso em confronto. Em termos conceituais, a rigor, *não há diferença lógica*: trata-se de uma *forma de composição de normas jurídicas constitucionais*, que buscam voluntariamente o seu sentido em outras disposições textuais, com vistas à obtenção de sua própria completude. Em termos sistêmicos pode significar *uma primeira resposta a uma lacuna existente no direito constitucional brasileiro*: a ausência de um sistema completo de controle de constitucionalidade das leis municipais tendo como parâmetro de confronto as leis orgânicas que, nos termos da Constituição Federal, são normas eminentes ou superiores, que “regem” os Municípios (Art. 29, CF). Por via da técnica das remissões expressas, pode-se responder parcialmente a esta lacuna, mantendo o parâmetro de controle no plano da constituição estadual, mas valorizando o conteúdo impositivo obrigatório das leis orgânicas em cada caso, especialmente em matéria processual, emprestando *dignidade operativa a esta norma fundamental do ordenamento municipal*.

O art. 64 da Constituição do Estado da Bahia exemplifica o quanto vem de ser dito. A norma determina a observância do princípio participativo no planejamento municipal, o que se aplica obrigatoriamente ao planejamento urbano, segundo o seguinte comando:

Art. 64 Será garantida a participação da comunidade, através de suas associações representativas, no planejamento municipal e na iniciativa de projetos de lei de interesse específico do Município, nos termos da Constituição Federal, desta Constituição e da Lei Orgânica municipal.

A desobediência aos instrumentos de participação cidadã no planejamento municipal previstos na Lei Orgânica Municipal será, ao mesmo tempo, infração da lei matriz da ordem municipal e infração ao Art. 64 da Constituição do Estado da Bahia. É certo que esses instrumentos participativos variarão em cada Lei Orgânica; por isso o conteúdo da norma constitucional estadual será também *dinamicamente alterado para fins de fiscalização abstrata de constitucionalidade*. O comando estadual remissivo, determinado o seu conteúdo por coordenação normativa, tem natureza de norma estadual e serve de parâmetro de controle de constitucionalidade para cada município em que for confrontado. É um modo novo de reconhecer as *mutações de sentido* que podem apresentar enunciados constitucionais estaduais remissivos em cada caso submetido à jurisdição constitucional estadual.

A tese foi utilizada pela primeira vez na ADIN 0303489-40.2012.8.05.0000 (<http://goo.gl/uXxPDt>), requerida pelo Ministério Público do Estado da Bahia em março de 2012 perante o Tribunal de Justiça, para questionar a legitimidade da Lei nº Municipal 8.167/2012, que promoveu amplas alterações na Lei nº 7400/2008 (Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Salvador – PDDU) e na Lei nº 3377/1984 (Lei de Lei de Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo Urbano de Salvador – LOUOS). O núcleo da argumentação assentava no desrespeito aos instrumentos de participação cidadã previstos não apenas na Constituição Estadual, mas detalhados na Lei Orgânica do Município de Salvador. A fundamentação que apresentamos na oportunidade valeu-se de considerações semelhantes à constante do presente texto. A decisão do Tribunal de Justiça da Bahia pela procedência do pedido adotou amplamente os argumentos do Ministério Público Estadual, embora sem explicitar a coordenação normativa estabelecida entre a norma da Constituição Estadual e as normas da Lei Orgânica Municipal em matéria processual, pois fez referência apenas à norma parâmetro da Constituição Estadual de remissão (Art. 64). A ação, julgada em 12.2.2014, transformou-se em *leading case* no âmbito estadual em matéria de direito administrativo urbano e planejamento municipal.

Notas sobre o Artigo 1.072, II, do Novo CPC: a Revoção de Regras sobre Provas do Código Civil

Robson Renault Godinho*

A polêmica envolvendo a definição da natureza jurídica das normas sobre a prova é antiga e persistente, contando com diversos estudos em que o tema é debatido intensamente¹, cabendo, para os fins deste artigo, apenas um registro sobre o assunto, sem uma exaustiva reportagem sobre todos os pontos de vista, cujas descrições encontram adequado empreendimento nas referências citadas, sobre as quais pouco há que se acrescentar.

Basicamente contam-se cinco teses sobre a natureza jurídica das normas sobre provas: 1) são exclusivamente de direito material, 2) são exclusivamente de direito processual, 3) possuem natureza mista, 4) possuem natureza dúplice, material e processual e 5) pertencem ao direito “justicial”². Não se questiona que há uma íntima conexão entre as normas sobre ônus da prova e o direito material, assim como entre as questões probatórias e o direito material, já que estamos trabalhando com suportes fáticos, mas a disciplina sobre a fixação, incidência e eficácia das regras sobre ônus da prova é eminentemente processual.

Ainda que se considere irrelevante a topografia da norma para indicar sua natureza, a matéria foi disciplinada pelo legislador brasileiro tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil, com evidentes impactos causados no sistema a partir de uma nova codificação³.

E, nesse particular, foram desperdiçadas duas raríssimas oportunidades para uma melhor disciplina do direito probatório: as normas do Código Civil são lamentáveis,

* Pós-doutor (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Promotor de Justiça (MPRJ).

¹ Sobre tal discussão, os seguintes textos clássicos: CHIOVENDA, Giuseppe. *La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo*. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Santiago Sentís Melendo (Trad.). Buenos Aires: Bosch y Cía., 1949 (especialmente a polêmica em torno de Chiovenda, vale conferir MONIZ de ARAGÃO: *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV – I. Rio de Janeiro: Aide, s. d., p. 51/54. Do mesmo autor, aprofundando o debate, Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, nº 116. São Paulo: RT, julho/agosto de 2004). CAPPELLETTI, Mauro. *La “naturaleza” de las normas sobre las pruebas. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1972. DENTI, Vittorio. *La naturaliza jurídica de las normas sobre las pruebas civiles. Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJE, 1974. Panorama geral em REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas sobre Prova*. São Paulo: RT, 1985. GIANNICO, Marici. *A Prova no Código Civil: natureza jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ECHANDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002, capítulo III. AMARAL SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, capítulo III. COMOGLIO. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 23/24). MARINONI e ARENHART, acolhendo as ponderações de Denti e Cappelletti, entendem não haver suficiência de critérios asbratros para definir a questão, sempre havendo necessidade de se confrontar o caso concreto (Prova. São Paulo: RT, 2010, p. 355/361).

² Cf. ECHANDÍA, ob. cit, capítulo III.

³ Para análise crítica das disposições do CC e as razões para modificações legislativas: DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77/104.

desnecessárias e deslocadas no tempo; e o novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de revogar por inteiro o Título da Parte Geral do Código Civil, cujas regras, como já afirmado, são muito ruins e em nada contribuem sistematicamente.

Ou seja: em menos de quinze anos, foram editados dois Códigos e não se obteve uma sistematização adequada da matéria, limitando-se o novo Código de Processo Civil, no artigo 1072, II, a revogar os artigos 227, *caput*⁴, 229⁵ e 230⁶ do Código Civil, mantendo íntegros formalmente os demais dispositivos.

Nota-se que a maior preocupação do novo CPC em relação às disposições constantes no Código Civil foi com a admissibilidade da prova testemunhal. Como é de conhecimento corrente, a fase de admissibilidade é comum à produção de todos os meios de prova, seja em razão de específica disciplina jurídica, seja em virtude da eficácia do meio e da pertinência do objeto. Trata-se de tema sensível e próprio da teoria geral da prova, figurando-se essencial para a compreensão da evolução do estudo do direito probatório. Em razão das vicissitudes históricas pelas quais passou a prova testemunhal, oscilando entre o protagonismo e a marginalidade entre os meios de prova, sua admissibilidade assume peculiar relevância, situando-se nesse ponto as maiores controvérsias sobre o tema e que remontam à discussão sobre os modelos de valoração das provas, tanto assim que foi mantida a epígrafe exclusiva e específica no novo CPC sobre o “valor” da prova testemunhal (também na regulação da prova documental menciona-se seu “valor probante”, mas sem qualquer referência no título). Deve-se registrar, a propósito, que a manutenção do título da subseção revela que, não obstante os inegáveis avanços em sua regulamentação, o CPC reserva à prova testemunhal uma dimensão de “prova suspeita”⁷, o que também é ilustrado pela infeliz manutenção do parágrafo único do art. 227 do CC, isso dentro de um sistema de provas atípicas e no qual não se assume explicitamente o tarifamento dos meios probatórios. Confundem-se, pois, nesse particular, os conceitos de admissibilidade e valoração, o que não é tecnicamente correto. A menção ao “valor” da prova testemunhal parece ser apenas uma reprodução desavisada de um equívoco histórico ocorrido ainda no CPC-73, o que, além de ilustrar um descuido, indica que parece ser natural esse enfoque desconfiado da prova testemunhal⁸.

Evidentemente, a prova testemunhal apresenta falibilidades conhecidas, mas a única peculiaridade disso está nas especificidades próprias do meio de prova, já que as deficiências epistêmicas são inerentes à atividade probatória em si e, conseqüentemente, abrange todo o aberto sistema de meios de prova. Isso porque a falibilidade do meio de prova está relacionada com complexo tema de seu conceito e de sua funcionalidade, o que nos remete às discussões sobre a relação entre prova e verdade.

⁴ “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”.

⁵ “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

⁶ “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”.

⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 231/233.

⁸ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese... cit.*, p. 10/12.

Em relação à prova testemunhal, entretanto, a desconfiança de sua integridade se torna mais contundente e se passa à projeção do plano da valoração da prova para aferir e disciplinar sua admissibilidade. Se a admissibilidade de uma prova não se confunde com sua valoração, é incorreta e artificial a utilização dessa mistura heterogênea para amesquinhar um meio probatório⁹. Acrescente-se, ainda, que os déficits encontrados na prova testemunhal não se situam apenas no que é relacionado à fonte da prova, como as denominadas “falsas memórias” e as descobertas da neurociência, mas também com o momento de sua produção, especialmente as condições e a condução de colheita do depoimento e o preparo devido para a formulação de perguntas, o que pode recomendar o auxílio de especialistas para a correta condução do depoimento (pense-se, por exemplo, em complexas questões de família, quando a prova oral assume especial relevância e se torna bastante sensível à colheita adequada dos depoimentos).

Isso significa dizer que não é incomum encontrar maiores deficiências na produção da prova do que em sua fonte, o que desloca o problema da credibilidade da testemunha para a ineficiência na produção da prova.

Houve importantes avanços no novo CPC no plano da admissibilidade da prova testemunhal, mas, como antes assinalado, permaneceram descuidos decorrentes da tradição, revelando uma desconfiança quanto a um específico meio de prova.

O novo CPC segue, portanto, a opção legislativa de prever casuisticamente algumas hipóteses abstratas e prévias limitando a prova testemunhal, reservando como exceção uma cláusula subsidiária de abertura. Essa política legislativa vem sendo observada no Brasil desde o CPC de 1939, possui profundas raízes históricas em sua origem e, em certa medida, caminha em sentido oposto das tendências mais modernas¹⁰. As limitações subjetivas da prova testemunhal podem ser subdivididas em incompatibilidades, incapacidades, impedimentos, causas de suspeição e também escusas para depor¹¹. Felizmente foi extirpada a referência aos presumivelmente inidôneos.

O art. 442 do CPC reproduz o texto e a ociosidade do dispositivo correspondente no CPC de 1973. É evidente que toda prova – e não só a testemunhal – é admissível, salvo disposição em sentido contrário. Não há nenhuma especificidade da prova testemunhal que justifique esse reforço de truísmo, salvo a já mencionada desconfiança quanto a esse meio de prova. Se inexistisse o dispositivo, ainda assim a prova testemunhal – assim como as demais – continuaria sendo sempre admissível, salvo disposição válida em sentido contrário, como a limitação probatória genérica prevista no art. 406, CPC (rigorosamente, nessa situação o instrumento público não é exatamente uma prova,

⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. *Revista de Processo* n° 240. São Paulo: RT, fevereiro de 2015.

¹⁰ MARINONI. ARENHART. Ob. cit., p. 729/730. COMOGLIO, Luigi. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 421/454. TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 171/178.

¹¹ GRECO, Leonardo, ob. cit., item 8.3 e respectivos subitens.

mas um elemento de validade do ato, que, por via reflexa, limita a produção de outro meio de prova por sua inocuidade). Da mesma maneira que é desnecessário afirmar que uma prova é admissível, salvo disposição legal em contrário, não é imprescindível haver uma regra que disponha a inadmissibilidade da prova testemunhal, se o fato não puder ser provado por questões físicas. Ou seja: a prova testemunhal também será inadmissível se o fato probando não puder ter sido captado pelos sentidos, que é a essência da prova testemunhal.

A fim de evitar apenas que houvesse uma incompatibilidade normativa, o que invariavelmente geraria polêmicas desnecessárias, houve por bem o legislador optar pela revogação expressa da limitação da admissibilidade da prova exclusivamente testemunhal para negócios jurídicos de menor expressão econômica, ainda que tenha sido mantido o parágrafo único do art. 227, CC, que confere caráter subsidiário a esse meio de prova, precisamente porque o Código Civil ainda se prende a conceito como o de “prova plena”, conforme seu art. 215¹².

Quanto à obrigação de testemunhar, o CPC passa a regular integralmente a matéria, com a vantagem de haver excluído do ordenamento a regra do art. 229, III, CC, que, no limite, poderia inviabilizar a produção da prova testemunhal.

Com a amplitude desse meio de prova, revogou-se a vinculação das presunções à possibilidade de produção da prova testemunhal, que estava prevista na defeituosa redação do art. 230, CC, que não passava de uma cópia malfeita de dispositivos semelhantes existentes nos Códigos Civis italiano, português e francês¹³⁻¹⁴.

¹² Em relação às limitações à prova testemunhal, o CPC reservou artigo próprio para reproduzir as hipóteses já constantes no art. 400 do CPC de 1973, determinando o indeferimento da produção da prova testemunhal sobre fatos já provados documentalente ou por confissão ou que somente por documento ou perícia puderem ser provados. Os dois incisos do atual art. 443 veiculam situações em que a lei considera desnecessária a prova testemunhal ou como insubstituível outro meio de prova (Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. T. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 423). Há, portanto, um escalonamento legal de meios de prova no processo civil brasileiro (no processo penal não há tais restrições prévias à prova testemunhal).

¹³ Apontou o problema de modo pioneiro em relação ao dispositivo do art. 230, CC, DIDIER JR, Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133/135.

¹⁴ Mesmo sem previsão equivalente nos Códigos Processuais anteriores, Moacyr Amaral Santos considera implícita essa restrição da admissibilidade das presunções, a fim de que “a estabilidade dos direitos” não fosse ameaçada por “juízos mais ou menos apressados sobre os fatos” e “disputas alicerçadas em probabilidades” (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. V. 2ª ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1955, p. 454). Expressa adesão de Sergio Carlos Covello (*A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 110/112). Pontes de Miranda já afirmava que “é supérflua a regra de lei que autorize o juiz... a pensar” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 326). O paralelismo entre a denominada presunção simples e a prova testemunhal é defendido há décadas (exemplo: LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Vol. IV. D. Enrique Aguilera de Paz (Trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1911, p. 394/395) e foi repetido sem muita reflexão por boa parte da doutrina. Michele de Maria fala em “inferioridade probatória” ao registrar essa restrição legal, expondo, nas páginas seguintes dos seus comentários ao art. 2729 do Código Civil italiano os problemas dessa tentativa de aprisionar as presunções simples (*Delle Presunzioni*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 102 e ss.; também COMOGLIO, ob. cit., p. 476/479; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, p. 664/666). Na realidade, o tema das presunções simples – e, de resto, o próprio direito probatório, cuja interseção com a filosofia é tão óbvia quanto ignorada – não pode ser tratado com base nessa sacralização da doutrina clássica e muito menos pode se limitar ao que foi dito pelos tratadistas do direito civil ou do processo civil. Há uma certa arrogância epistemológica ao tentar limitar a abordagem do tema nessas duas esferas do conhecimento jurídico (cf., por exemplo, HARET, Florenca. *Teoria e Prática das Presunções no Direito Tributário*. São Paulo:

Manteve-se, pois, o parágrafo único do art. 227 do CC, que dispõe ser admissível a prova testemunhal como subsidiária ou complementar da prova escrita, qualquer que seja o valor do negócio jurídico. Permanecem íntegras, também, as disposições do art. 228 do CC, que tratam da incapacidade de testemunhar, com redação menos técnica do que a que foi agora adotada pelo CPC. Diante da nova disciplina acerca da admissibilidade da prova testemunhal e da iniciativa de revogação expressa de regras do CC, não se justifica a política legislativa de manter apenas essas disposições avulsas, cujos comandos normativos são redundantes ou incompatíveis com o novo regramento. Como antes assinalado, melhor teria sido a completa revogação das normas do CC¹⁵.

Uma relevante modificação promovida pelo novo CPC foi a não reprodução da regra que limitava a utilização de prova exclusivamente testemunhal tendo como parâmetro o valor do negócio jurídico. E, na tentativa de evitar qualquer possibilidade de discussão sobre a exclusão daquele critério excludente da prova, o art. 1072, II, CPC, revogou-se expressamente o *caput* do art. 227 do CC. Evidentemente, essa nova disciplina contempla a prova do pagamento e da remissão da dívida, não mais havendo exclusão da prova testemunhal em virtude do valor¹⁶.

Simplesmente o CPC ignora a antiga regra de exclusão, não havendo mais espaço para sequer cogitar sua incidência, salvo como curiosidade histórica.

Com a política legislativa de antecipar a valoração da prova para o momento da abstrata admissibilidade, o novo CPC, embora tenha evoluído em comparação ao Código anterior, persiste com a ideia de tratar a prova testemunhal como um meio de prova de segunda classe, complementar e subsidiário. Ao cotejarmos o disposto no art. 444 do CPC com o parágrafo único do art. 227 do CC, que teve apenas seu *caput* revogado, verifica-se que a prova testemunhal não mais encontra o limitador do valor do negócio, mas não recebeu a autonomia necessária para sua produção.

Não é de se surpreender, portanto, que, a despeito do que foi antes afirmado, prossiga a limitação também com base no valor do negócio, ao menos sobre a existência do negócio (AgRg no AREsp 315.136/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 14/11/2014), sob argumentos variados a partir de invocação de miscelâneas principiológicas que ferem o dever de fundamentação e buscam impor uma opinião pessoal sobre o sistema legal. O Superior Tribunal de Justiça, além de seu enunciado nº 149 da súmula de jurisprudência (confirmado no REsp 1133863/RN, Rel. Ministro Celso Limongi, Terceira Seção, DJe 15/04/2011), que trata do trabalho rural para fins

Noeses, 2010. MENDONCA, Daniel. Presunciones. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, vol. I (1998), p. 83-98. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com> AGUILÓ REGLA, Josep. Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22 (1999), p. 649-660, disponível em: <www.cervantesvirtual.com.>

¹⁵ Não se desconhece o argumento de que as disposições probatórias constantes do Código Civil teriam a função de disciplinar as provas extrajudiciais. Entretanto, mesmo para essa finalidade o Código Civil é extremamente falho e lacunoso, sendo um completo desastre na parte em que afeta o processo civil, não sendo ocioso lembrar que, embora tenha sido editado neste século, trata-se de lei que é fruto de um ambiente cultural formado ainda na primeira metade do século passado.

¹⁶ REsp 436.085/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 19/04/2010.

de benefícios previdenciários, vem limitando a prova exclusivamente testemunhal também para a comprovação de tempo de serviço urbano (AgRg no REsp 1117818/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 24/11/2014), trabalho doméstico, sendo que se equipara à prova testemunhal a declaração escrita de empregadores (AgRg no REsp 1466094/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 05/11/2014). No caso de comprovação de união estável para a concessão de pensão por morte, o STJ vem admitindo a prova exclusivamente testemunhal (AR 3.905/PE, Rel. Ministro Campos Marques, Terceira Seção, DJe 01/08/2013). Além dessa casuística ora exemplificada, o STJ fará bem se utilizar o novo CPC para voltar à sua antiga orientação de não confundir valoração com admissibilidade da prova testemunhal (REsp 45.613/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 26/04/1994, DJ 23/05/1994, p. 12635).

Sobre essa subsidiariedade do meio de prova testemunhal, exige o art. 444 do CPC que haja começo de prova escrita emanado da parte contra quem se pretende produzir a prova, não compartimentando esse limitador a um dos polos do processo, ou seja, também o réu pode produzir a prova testemunhal nessa situação. Esse começo de prova escrita deve ser apto para emprestar uma credibilidade suficiente para possibilitar uma complementação pela prova testemunhal. Isso significa que, partindo de uma desconfiança da prova testemunha, o Código prevê que haja um mínimo de lastro probatório para sua admissibilidade. É evidente, portanto, que não se pode equiparar o começo de prova escrita com o documento em sentido técnico, sob pena de se estabelecer um agravamento discriminatório de fontes de prova, em que tanto os documentos quanto as testemunhas não teriam aptidão para a comprovação isolada de fatos relevantes. Estamos diante, pois, de uma recíproca complementariedade¹⁷.

Começo de prova deve ser entendido como indício que, ao mesmo tempo em que libera do isolamento a prova testemunhal, não exclui o ônus probatório da parte. Há na doutrina quem entenda que, malgrado se fale em prova por escrito, deve ser admitido como começo de prova tudo que seja suficiente para demonstrar a verossimilhança da afirmação do fato, ainda que não seja por escrito¹⁸. Diante da regra expressa, pode parecer que essa interpretação não encontra respaldo no texto e simplesmente o ignora, mas razões de direito comparado e da interpretação histórica de textos semelhantes autorizam essa abertura semântica que confere maior amplitude ao significado do texto¹⁹. A fim de que se dê algum sentido ao comando da norma, é essencial que o começo de prova por escrito emane da parte, ou de quem a represente, contra a qual será utilizada a prova, não podendo originar-se, direta ou indiretamente, de terceiro. Controverte a doutrina sobre a possibilidade de o depoimento pessoal ser considerado como início de prova escrita, prevalecendo a interpretação de que o rudimento documental apto a ser complementado por prova

¹⁷ MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 29.

¹⁸ MARINONI. ARENHART. *Ob. cit.*, p. 724.

¹⁹ MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 29/31; contra: Moacyr Amaral Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 252.

testemunhal deve acompanhar a petição inicial ou a contestação. Entretanto, não se pode excluir antecipadamente a possibilidade de o interrogatório servir, sim, de início de prova por escrito, no próprio processo em que foi produzido ou em outro. Já a ausência ao depoimento ou a recusa em responder traz como consequência a “pena de confesso” (arts. 385, §1º, e 386, CPC), autorizando, evidentemente, a complementação por prova testemunhal, não exatamente por se tratar de início de prova por escrito, mas, sim, em razão das consequências para a apreciação dos fatos advindas da ausência, do silêncio ou das evasivas. O CPC excepciona a exigência do começo de prova escrita nos casos em que é impossível obtê-la, como nas hipóteses exemplificadas na segunda parte do art. 445. A razão da regra é intuitiva: a prova testemunhal é complementar ao início de prova escrita; sendo impossível a obtenção dessa prova por escrito, a prova testemunhal perde a cláusula restritiva. Se assim não fosse, estaria criada uma relação de absoluta inadmissibilidade da prova testemunhal, sem que houvesse possibilidade de superar a razão moral ou material que tornou impossível a prova escrita. Trata-se, assim, de uma aplicação específica do critério de razoabilidade fixado pelo legislador para ampla admissão da prova testemunhal. A impossibilidade material se dá, quando, pelas circunstâncias do caso, não se afigura razoável exigir a comprovação documental de ato, seja em razão da imprevisibilidade fática, impropriedade do meio, perda justificada do documento ou por razões de costume, por exemplo. Já a impossibilidade moral se refere a liames afetivos ou de parentesco que justificam a inexistência de cautelas para a comprovação do ato. Os exemplos tradicionalmente apontados pela doutrina revelam que sempre são supostas situações mais solenes e a prova escrita ainda é aquela vinculada a um ato declaratório com alguma formalidade²⁰. Há que se considerar, porém, que nas relações modernas, ainda que a prova por escrito seja bastante comum, devem ser consideradas outras possibilidades para início de prova, especialmente aquelas decorrentes das facilidades tecnológicas, como áudios e imagens obtidos por aparelhos pessoais. Evidentemente, como o Código Civil, na seara probatória, possui regras totalmente dissociadas do tempo em que foi editado, mais parecendo uma legislação do início do século passado, está presente o fetiche com a prova escrita tradicional e o novo CPC não contribuiu com clareza nesse particular.

Após restringir a admissibilidade da prova testemunhal, o CPC reserva o art. 446 para situações em que, por antever a dificuldade probatória, facilita a utilização dos meios de prova. Na realidade, com a exclusão da regra limitadora da prova testemunhal de acordo com o valor, as regras do art. 446 perderam o sentido, na medida em que o disposto no art. 442 do CPC é suficiente também para essas situações.

Como, em matéria de admissibilidade de prova testemunhal, nenhuma abertura é ociosa, examinemos as disposições do artigo, que possui evidente relação com o direito material. A primeira hipótese é a da admissibilidade da prova por testemunhas acerca da divergência entre a vontade real e a declarada nos contratos simulados.

²⁰ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese.... cit.*, p. 34/35.

Note-se, primeiramente, que o CPC não adjetiva mais de “inocente” a parte que pretende se valer da prova testemunhal²¹. A regra anterior suscitava algumas dúvidas sobre o sentido que devia ser dado à expressão “parte inocente”, de modo que foi salutar o aperfeiçoamento da redação, ampliando a possibilidade de utilização da prova testemunhal²². A dificuldade de provar a simulação, cuja tônica é exatamente a ocultação dos fatos, é a razão para a ampla admissibilidade dos meios de prova, contemplando-se expressamente a prova testemunhal precisamente em virtude das restrições assinaladas nos itens antecedentes. Nos negócios simulados, há vício de vontade específico, havendo divergência entre a vontade e o resultado (cf. art. 167, CC)²³. Os vícios de consentimento, e também sua falta, igualmente admitem isoladamente a prova testemunhal, notadamente porque a defeituosa exteriorização de vontade consciente pode se dar de qualquer modo, salvo disciplina legal específica.

Outro ponto a ser mencionado consiste na disciplina da capacidade para ser testemunha. O *caput* do art. 447 do novo CPC reproduz exatamente o dispositivo do Código anterior, fixando como regra a capacidade geral das pessoas físicas para deporem como testemunhas, excetuando-se as incapazes, impedidas ou suspeitas.

Permanece o CPC, portanto, fiel à tradição de apontar incapacidades para testemunhar, mantendo distância da disciplina da matéria pelo Código de Processo Penal²⁴, que, filiando-se ao sistema alemão, apenas prevê hipóteses de recusa ao depoimento²⁵. Trata-se de questão de política legislativa e o legislador manteve a disciplina de antever os casos em que o depoimento poderia macular-se, em maior ou menor grau, optando-se por preservar a integridade dos depoimentos a partir de filtros preestabelecidos, sem outorgar ao juiz a devida valoração a partir de uma admissibilidade ampla. O CPC apresenta o rol daqueles que não possuem capacidade para testemunhar. Como não houve rogação expressa do art. 228 do CC, que é redigido de modo menos técnico, os dispositivos convivem, já que inexistem incompatibilidades.

De todo modo, insiste-se na crítica antes feita: se o CPC houve por bem revogar expressamente alguns dispositivos que tratam da prova testemunhal no CC, melhor teria sido a revogação total das regras.

Uma importante modificação trazida por um novo Código pode estar naquilo em que ele deixou de dizer. No caso da prova testemunhal, ao não se reproduzirem as antigas regras que consideravam suspeitos para depor os condenados por falso testemunho e os que não eram “dignos de fé”, o CPC rompe com um discurso

²¹ Não se deve confundir com a classificação da simulação em “inocente e nocente”, que se referem à ocorrência de danos a terceiros: Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 130.

²² Sobre a polêmica envolvendo a prova testemunhal pelos “simuladores”, há intensa discussão em Portugal: Luís A. Carvalho Fernandes. *Estudos sobre a Simulação*. Lisboa: Quid Juris, 2004, p. 45/68.

²³ Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 428/433.

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 413.

²⁵ Sobre o tema no direito comparado e com notícias históricas: MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese... cit.*, p. 46/51.

anacrônico, discriminatório e irracional na limitação da admissibilidade desse meio de prova, que era mantido no Código Civil²⁶. Basta ler algumas páginas da prestigiosa doutrina tentando justificar as antigas regras²⁷ para constatar a importância e o acerto do novo CPC, na linha do que já havia feito o CC. Simplesmente devem ser ignoradas essas circunstâncias doravante, reservando-se-lhes o papel de curiosidade na história do preconceito na evolução do estudo probatório.

Em relação à capacidade para testemunhar do interdito por enfermidade ou deficiência intelectual e o acometido por enfermidade ou retardamento mental, o novo CPC confere redação mais adequada ao texto, mantendo o conteúdo da regra anterior e da que consta no Código Civil. Preocupa-se o novo CPC com o discernimento e a lucidez do depoente em dois momentos: época em que ocorreram os fatos e momento em que deve ser prestado o depoimento. Embora se fale em “interdito”, a causa da incapacidade não decorre da constituição dessa específica situação jurídica, mas, sim, do fato que a ensejou. Independentemente da interdição, há que se verificar a capacidade mental do depoente naqueles dois momentos, sendo irrelevantes as debilidades ou enfermidades incidentais, caso, evidentemente, não se comprometa a higidez da percepção dos fatos ou do respectivo relato. Evidentemente, como a sentença de interdição gera a presunção absoluta de incapacidade, não cabe ao juiz qualquer outra análise no caso dos interditos: simplesmente haverá automática incapacidade para depor decorrente da própria situação jurídica constituída por sentença, caso a interdição tenha se dado em razão de “enfermidade ou deficiência intelectual”. Não havendo interdição, o controle judicial será casuístico, levando-se em conta o exame da lucidez e do discernimento nos marcos temporais bem delimitados na norma. Não é de descartar a possibilidade inclusive de o juiz iniciar o depoimento para se certificar das condições mentais da testemunha, sempre resguardando a participação integral das partes e a fundamentação da decisão. Registre-se que a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, incluiu um parágrafo 2º no art. 228, CC: “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”. O novo Estatuto modifica substancialmente o sistema de capacidades no ordenamento jurídico, não só em razão das alterações nos arts. 3º e 4º, CC, mas também em outros vários dispositivos que asseguram a igualdade da pessoa com deficiência e concretizam sua autonomia, além de haver modificado sensivelmente a situação de curatela. O curioso é que o projeto do Estatuto da Pessoa com Deficiência tramitou concomitantemente ao projeto que resultou no Código de Processo Civil, mas não houve diálogo entre os dispositivos envolvendo as capacidades, o que gerou, inclusive, desconcertante problema de direito intertemporal, já que o Estatuto modifica bastante os arts. 1768 a 1773, CC, que simplesmente foram revogados pelo art. 1072, II, do CPC, cuja vigência se deu em data posterior à vigência da Lei nº 13.146/2015.

²⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie, *ob. cit.*, p. 86/89, com precisa análise e exemplificação.

²⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciário no Cível e Comercial*. 2ª ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 176/189; também seus *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 271.

Também houve evolução terminológica no novo CPC, excluindo-se a referência a “menor” (note-se que no §4º do mesmo art. 447 não houve idêntico cuidado). Entretanto, no essencial, foi mantida uma regra rígida e objetiva de exclusão de testemunha que não encontra justificativa adequada. O limitador etário deve ser verificado na data dos fatos, por ser a maturidade para presenciar os acontecimentos a razão da fixação da incapacidade. Não deixa de ser contraditório o CPC ao adotar o critério de grau de discernimento no inciso anterior e presumir, logo depois, a incapacidade de uma pessoa com menos de dezesseis anos, independentemente da verificação tópica de sua condição para depor. Há lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que amplia a necessidade de oitiva de pessoas menores, tendo em vista os procedimentos que especifica, conforme seus arts. 28, § 1º e 2º; 45, § 2º; 161, § 1º; 164 e 168. A necessidade de preparo correto para a oitiva de crianças e adolescentes, como testemunhas ou informantes, é fundamental, especialmente para a realização do denominado “depoimento sem dano”, já que normalmente são chamados a comprovar questões sensíveis (confira-se a recomendação nº 33/10 do Conselho Nacional de Justiça; ainda STJ, HC 226.179/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/10/2013). Não só a efetiva necessidade do depoimento deverá ser criteriosamente dimensionada, como também é de todo recomendável o auxílio de especialistas de outras áreas para a colheita dos depoimentos.

O inciso IV do art. 447 do CPC prevê uma desnecessária especificação de hipóteses em que se veda o depoimento de quem não manteve contato sensorial com o fato, assim como o faz o Código Civil. Essa é a ideia geral que inspira toda a prova testemunhal, não havendo razão para manter uma previsão específica para os cegos e surdos. Simplesmente nenhuma pessoa poderá ser testemunha se o fato a ser provado não foi objeto de contato sensorial. Isso significa que ninguém pode testemunhar sobre quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. Logo, o cego ou o surdo não podem depor sobre fatos que exijam a percepção do sentido que lhe falta. Se o fato depender de outro sentido (exemplo: a audição do cego ou a visão do surdo), não haverá incapacidade. Repita-se que se trata de mais um truísmo do novo CPC, equiparando-se, no ponto, ao Código Civil.

Quanto ao impedimento do cônjuge, do companheiro, bem como do ascendente e do descendente em qualquer grau, ou do colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, o estabelecimento de regras de impedimento se baseia em critérios objetivos que visam a afastar o depoimento de pessoas que, presumivelmente, possuem interesse no resultado do processo, maculando a narrativa dos fatos relevantes a fim de favorecer uma das partes. Embora o dispositivo não aponte com clareza o impedimento aos ascendentes e descendentes por afinidade, com mais razão a regra também os atinge, não só em virtude da expressa referência aos colaterais por afinidade, mas, sobretudo, diante do disposto no art. 1595, §§ 1º e 2º, do Código Civil. O CPC é bastante claro ao apontar exceções ao impedimento: razões de interesse público ou, nas causas relativas ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo as provas que o juiz

repute necessárias para os esclarecimentos dos fatos. Ou seja: em casos de estado de necessidade probatório, o impedimento é removido.

Integra o próprio conceito de testemunha a ausência de interesse no resultado do processo. Logo, trata-se de norma ociosa, já que a noção de parte é incompatível com a ideia de testemunha. Somente pessoas físicas imparciais podem ser testemunhas, ou seja, estranhas ao objeto da causa, o que deve ser entendido com rigor técnico, persistindo polêmica doutrinária na medida em que pode haver situações em que o litisconsorte comum, determinado por simples afinidade de questões, deponha sobre fatos relacionados exclusivamente à situação jurídica de outro litisconsorte, totalmente indiferentes à pretensão processual do depoente, sendo, entretanto, caso de opção legislativa pela exclusão ou não dessa possibilidade.

Assim como nas hipóteses de impedimento, na suspeição o legislador também arrola hipóteses em que se supõem situações que podem macular os depoimentos, deixando a apreciação dos casos, porém, para uma apreciação subjetiva do juiz. Retirou-se o adjetivo “capital” do inimigo da parte, mas essa abreviação redacional não interfere no dispositivo e apenas dele retira uma designação antiga e vinculada ao duelo, que, como esperado, consta no Código Civil. Resta o que é efetivamente importante, isto é, a verificação de relação entre testemunha e parte que indique um estado passional que leve à parcialidade no depoimento para prejudicá-la ou favorecê-la, no caso do amigo íntimo. É bem verdade que não se pode falar em “inimizade íntima”, mas deve ser remarcado que, para fins de suspeição, não basta que o depoente seja apenas inimigo, mas, sim, que exista um estado anímico que possa levar à alteração do relato dos fatos. A retirada do adjetivo “capital” não deve ser visto como sinal de que apenas a amizade deve ser qualificada. Também a inimizade deve ser apta a contaminar o depoimento, vedando-se a colheita da prova. Embora a lei não mencione a suspeição do inimigo ou amigo do advogado da parte, aponta-se em doutrina a necessidade de especial atenção do juiz²⁸.

Se a segunda parte do art. 447, § 2º, I, CPC, prevê uma abertura específica para o afastamento de impedimentos e suspeições diante da estrita necessidade da prova testemunhal, o §4º do mesmo artigo generaliza essa espécie de estado de necessidade probatório. Trata-se de regra de encerramento que estabelece uma abertura para a admissão desse meio de prova diante da penúria de outros elementos de instrução. A regra do §5º dispensa o depoente do compromisso de dizer a verdade, o que não equivale autorizar que minta deliberadamente. Por fim, quanto à valoração da prova colhida nessas circunstâncias, é uma vez mais ocioso o CPC, não havendo nada que excepcione a regra geral de seu art. 371. Lembre-se de que permanece em vigor o parágrafo único do art. 228 do CC, que permite o depoimento das pessoas que inicialmente não poderiam ser admitidas como testemunhas, se houver fatos que somente elas conheçam.

Em conclusão, acertou o novo CPC ao revogar os artigos 227, *caput*, 229 e 230 do Código Civil, mas se equivocou ao limitar a revogação a apenas esses dispositivos, perdendo-se rara oportunidade de aperfeiçoar o regramento sobre provas.

²⁸ MONIZ DE ARAGÃO. *Exegese...cit.* p. 58.

A Vedação da Prática do Nepotismo e a Atuação do Ministério Público na Defesa da Proibidade Administrativa

Tâmera Padoin Marques Marin*

"[...] todo o homem que tem poder sente inclinação para abusar dele, indo até onde encontra limites."

Montesquieu

A constitucionalização dos princípios que regem a Administração Pública (artigo 37, *caput*, CF/88) e as reformas administrativas, operadas por meio da legislação infraconstitucional nos últimos tempos, revelam nítida tendência de otimizar o funcionamento da máquina pública e impor ritmo voltado ao atendimento do interesse público primário. Desde então, constata-se o acolhimento, de forma positivada no ordenamento jurídico, de padrões morais de conduta que devem nortear o agir dos agentes públicos (*lato sensu*).

Quanto à investidura em cargos públicos, a Constituição da República tornou regra o acesso via concurso de provas e títulos, sendo exceção as nomeações para cargos em comissão declarados em lei (artigo 37, inciso II). Tais nomeações para cargos demissíveis *ad nutun* que, em parte devem ser preenchidos por servidores de carreira, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, proporcionando mobilidade e flexibilidade na gestão pública, primando pela *expertise* necessária ao atendimento do bem comum.

Ao excepcionar a exigência de concurso público para o preenchimento dos cargos em comissão, a Constituição não concedeu carta branca ao gestor para utilizar de critérios estritamente pessoais para nortear suas escolhas. O velho argumento de que tais nomeações se limitam pura e simplesmente a padrões de "confiança" do administrador não mais encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo violador dos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

"Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico" (BASTOS, 1999). Assim, as contratações para cargos comissionados baseadas nos vínculos familiares do gestor público configuram prática nepotista e estão inquinadas de nulidade.

O princípio da moralidade "impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta" (FILHO, 2014). O princípio

* Promotora de Justiça.

da impessoalidade, “se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa (...)” (MELLO, 1996, p.68).

O princípio da eficiência é “o que 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 melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social” (MORAIS, 1999).

O termo nepotismo advém do latim *nepos*, neto ou parente, e é utilizado para designar a nomeação de parentes da autoridade para ocupar cargos na Administração.

A partir da edição da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça, que passou a vedar a contratação de familiares de magistrados no Poder Judiciário brasileiro, os Tribunais passaram a se debruçar mais profundamente sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, declarou a constitucionalidade dessa resolução, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, reconhecendo a força normativa dos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da CF/1988.

Naquela oportunidade, o Ministro Celso de Mello, com a lucidez de costume, ponderou: “quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer em seu próprio benefício, ou em benefício de seus parentes ou cônjuges, ou companheiros, a autoridade que lhe é conferida pelas leis desta República”.

Com isso, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais passaram a estar vinculados à decisão prolatada pelo Supremo no que diz respeito às respectivas contratações de pessoal.

Porém, a situação não ficou restrita aos aspectos administrativos dos Tribunais. Em verdadeira transcendência de motivos determinantes, já que o Supremo Tribunal exprimiu posicionamento quanto à aplicação autônoma da regra constante do artigo 37, *caput*, da CF, sendo desnecessário regulamento específico que vedasse o nepotismo em qualquer esfera da Administração, surgiram várias ações judiciais, pugnando pela aplicação dos mesmos parâmetros de controle expostos no julgamento da ADC nº 12 nas contratações dos poderes Executivo e Legislativo, seja na esfera municipal, estadual ou federal.

Notou-se, desde então, o protagonismo do Ministério Público quanto à fiscalização dos atos de nomeação de parentes de autoridades políticas na Administração Pública, seja na esfera federal, estadual ou municipal, considerando diversas ações civis públicas propostas com base na Lei nº 8.429/1992 e que têm obtido provimento jurisdicional favorável.

A atuação ministerial nessa seara possui base na Constituição Federal, que consagrou o *parquet* como instituição permanente incumbida da defesa da ordem

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), bem como legitimou a promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (artigo 129, III). Há muito o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento quanto à legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público (Súmula 329). Notadamente, esse patrimônio é tanto o material quanto o imaterial.

O Supremo Tribunal Federal, a fim de consolidar posicionamento da Corte quanto ao tema nepotismo, adotando o procedimento previsto no artigo 130-A da CF, editou a Súmula Vinculante nº 13 dispondo que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendendo o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Essa súmula gerou grande discussão quanto à amplitude de sua redação e aspectos práticos relativos à aplicação, contudo, permanece ainda válida, tendo sido reafirmada pelo STF em decisões colegiadas e monocráticas.

Indiscutivelmente, a tese jurídica quanto à proscrição da prática nepótica foi acolhida, devendo ser observada por todos entes da Administração Pública, sob pena de ensejar as medidas judiciais pertinentes, inclusive a responsabilização por ato de improbidade administrativa. A súmula vinculante, como se nota, traz expressamente a conclusão de que a contratação viciada viola princípios constitucionais.

Seguindo essa linha de raciocínio, é de se constatar que a nomeação para cargo público sem observância à necessidade da Administração e baseada em critérios estritamente pessoais configura ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições".

A toda evidência, a nomeação baseada em laços de parentesco destoa do interesse público, conforme preceitua Emerson Garcia:

Identificada a aparente ocorrência do nepotismo, prática de todo reprovável aos olhos da população, devem ser apuradas as

causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. A partir da aferição desses elementos, será possível identificar a inadequação do ato aos princípios da legalidade e da moralidade, bem como a presença do desvio de finalidade, o que será indício veemente da consubstanciação de ato de improbidade.

Corroborando essa linha de raciocínio quanto à subsunção do ato de contratação nepotista à conduta prevista no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI nº 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei nº 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com “dedicação e eficiência”.

[...]

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei nº 8.429/1992. 7. Recurso especial provido. 118.429 (1009926 SC 2007/0280367-2, Data de Julgamento: 17/12/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010).

Além da temática relativa à nulidade da contratação de parentes dos gestores públicos, também observa-se a prática denominada de “nomeações recíprocas”, sendo essa igualmente combatida pelo Ministério Público Brasileiro em diversos entes da federação. Tais atos administrativos são emitidos visando, via de regra, angariar apoio político entre autoridades, ocorrendo nomeações de familiares de integrantes

de um poder para ocuparem cargos em comissão de poder distinto pertencente à mesma pessoa jurídica. Por exemplo, o Prefeito de determinado município nomeia um familiar de um vereador para ocupar cargo comissionado no Poder Executivo local, sendo que, como moeda de troca, obtém nomeação de parente seu no Poder Legislativo. Essas situações têm sido reconhecidas pelos Tribunais como autorizadas pela incidência da Súmula Vinculante nº 13, quando se dão na mesma pessoa jurídica. Confira-se o seguinte julgado do TJRS que reflete o posicionamento citado e que julgou procedente pedido em ação civil pública:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE PELOTAS. SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO. RELAÇÃO DE PARENTESCO COM VEREADOR. NEPOTISMO. A nomeação de parentes de vereador para ocuparem cargos de confiança da municipalidade viola a Súmula Vinculante nº 13 do e. STF. Nos termos do que dispõe o art. 41, III, do CCB, o Município é a pessoa jurídica de direito interno da qual integram os servidores do Legislativo, que conquanto seja Poder autônomo, não detém personalidade jurídica própria. Precedentes. Sentença de procedência que se impunha. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70055654909, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 12/09/2013).

Além das “nomeações recíprocas”, chama atenção a discussão judicial acerca do âmbito de abrangência da Súmula Vinculante nº 13, isto é, se a incidência dela alcança a nomeação de parentes da autoridade para cargos de natureza política, tal como Secretários, titulares de pastas, tendo em vista que, para os cargos administrativos em geral, essa questão está pacificada.

A investidura de cargos de natureza política deve ter como critério de escolha a aptidão daquele que irá exercer o *munus* público e não o vínculo sanguíneo ou de afinidade com a autoridade nomeante, esse é o entendimento veiculado nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público nas mais variadas esferas de atuação. Obviamente, a Constituição exige eficiência e moralidade não apenas para o preenchimento de cargos administrativos (de baixo escalão), mas para todos os demais, especialmente aqueles ligados à elaboração e aplicação de políticas públicas.

Num primeiro momento, observou-se que o STF se manifestou no sentido de que a Súmula Vinculante nº 13 não seria aplicável aos casos de nomeação de parentes para cargos políticos, conforme decisão prolatada no RE 579951/RN (DJE de 24.10.2008), na qual se discorreu acerca da diferença entre cargo estritamente administrativo e cargo político, reputando-se nulo o ato de nomeação de um motorista e hígido o do Secretário Municipal de Saúde, não apenas por se tratar de um agente político, mas por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado, nem a hipótese de fraude à lei.

Essa percepção foi sintetizada no julgamento monocrático da Reclamação nº. 303.438-1, da lavra da Ministra Carmem Lúcia, que expressou: “Este Supremo Tribunal assentou a necessidade de verificação da natureza do cargo ocupado. Sendo ele de natureza política, não há que se falar em nepotismo. Contudo, sendo de natureza administrativa, incide a Súmula Vinculante nº 13 deste Supremo Tribunal”.

Todavia, em decisões recentes, observa-se uma tendência de modificação do pensamento acima exposto, tendo sido proferidas decisões monocráticas por Ministros do STF onde se ressalta que a investidura em cargos políticos deve seguir os parâmetros constitucionais e, portanto, a regra proibitiva constante do enunciado vinculante em análise.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 834.722, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, onde se pretendeu a declaração de nulidade de nomeação de parente do Prefeito do Município de Balneário Arroio do Silva para o cargo de Secretário Municipal, o Ministro Celso de Mello exprimiu a trajetória de tratamento do tema no âmbito do STF:

[...]

Vale transcrever, no ponto, por relevante, fragmento da decisão proferida pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA na Rcl 12.478-MC/DF, em que se discute matéria idêntica à que ora se analisa nesta sede processual e na qual se ressalta que a investidura em cargos políticos, de livre nomeação, também se submete à norma contida na Súmula Vinculante nº 13/STF, cuja não incidência, sempre excepcional, para legitimar-se, dependerá da análise concreta de cada situação ocorrente:

“Esta Corte apreciou exceções à vedação ao nepotismo em pelo menos duas oportunidades. No RE 579.951, Pleno, DJe 24.10.2008, conforme relatado pelo min. Ricardo Lewandowski, tratava-se de recurso extraordinário de acórdão que entendera inexistir ilegalidade na nomeação de irmãos de autoridades municipais aos cargos de motorista e secretário de saúde. O acórdão recorrido fora proferido em ação voltada contra a prática de nepotismo. Os fatores determinantes para que esta Corte concluísse pela legalidade da nomeação do secretário de saúde foram, por um lado, a qualificação normalmente exigida para o cargo de secretário de saúde, especialmente em pequenas localidades do interior, e, por outro, a inexistência de indícios de troca de favores. Essas circunstâncias foram mencionadas nos votos dos mins. Cármen Lúcia, Cezar Peluso e do relator, min. Lewandowski. Importante ressaltar que, na mesma oportunidade, a Corte também assentou que aquele julgamento não deveria ser considerado um precedente específico, pois a abordagem do nepotismo deveria ser realizada caso a caso.

[...]

Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado.

[...]

O exame da presente causa evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária diverge da orientação plenária que venho de referir.

Sendo assim, e em face do enunciado sumular vinculante em referência, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a julgar procedente a ação civil pública ajuizada pela parte ora recorrente.

Da simples leitura do texto da Súmula Vinculante nº 13, conclui-se que não há ali qualquer exceção quanto à investidura em cargos políticos, configurando nepotismo a contratação de parentes, até 3º grau, da autoridade nomeante. Interpretando-se o artigo 37, *caput*, da CF, de forma sistemática e seguindo a linha do que foi exposto pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 12, de igual forma, não se pode extrair que a ocupação de cargos dessa natureza não tenha que trilhar o mesmo caminho. Ou seja, a prevalência do interesse público sobre o privado deve guiar a escolha de quaisquer postos da Administração.

Mais recentemente, o Ministro Luiz Fux, citando precedentes como o RCL 17627 e RCL 11605, enfatizou que “quanto aos cargos políticos, deve-se analisar se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta”. E, ainda, explicou que há em tramitação a Proposta de Súmula Vinculante nº 56 perante o STF, a ser analisada pelo Plenário, onde a redação sugerida abrange a tese jurídica aqui ventilada: “nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente”. Por certo, a vedação de nomear e contratar abrange quaisquer postos na Administração. A partir desses precedentes citados também se pode concluir que a nomeação para cargo político não afasta a aplicação da súmula sobre nepotismo.

Cargos de natureza política, dado a posição estratégica que ocupam nos quadros da Administração, possuem relevância ímpar, sendo cruciais na formulação e execução de políticas públicas em áreas prioritárias do governo, de forma que

os investidos devem possuir qualificação necessária, sendo que as indicações e nomeações devem seguir justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação.

Em um país com números lastimáveis no que diz respeito ao acesso a direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, tais como acesso à saúde e saneamento básico, não se pode permitir que a escolha de ocupantes de cargos públicos, sejam eles administrativos ou políticos, se baseie unicamente em critérios personalistas ou patrimonialistas, relegando a último plano conquistas sociais que há muito se espera alcançar.

Nesse aspecto, conforme já frisado, inarredável a atuação alerta e atenta do Ministério Público Brasileiro, que deve seguir buscando a mudança desse cenário de violação à Constituição e às leis, atuando tanto na esfera extrajudicial quanto judicial.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo I*, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22.

GARCIA, Emerson. O nepotismo. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/o_nepotismo.pdf> Acesso em: 27 jan. 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996, p. 68.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/1998*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

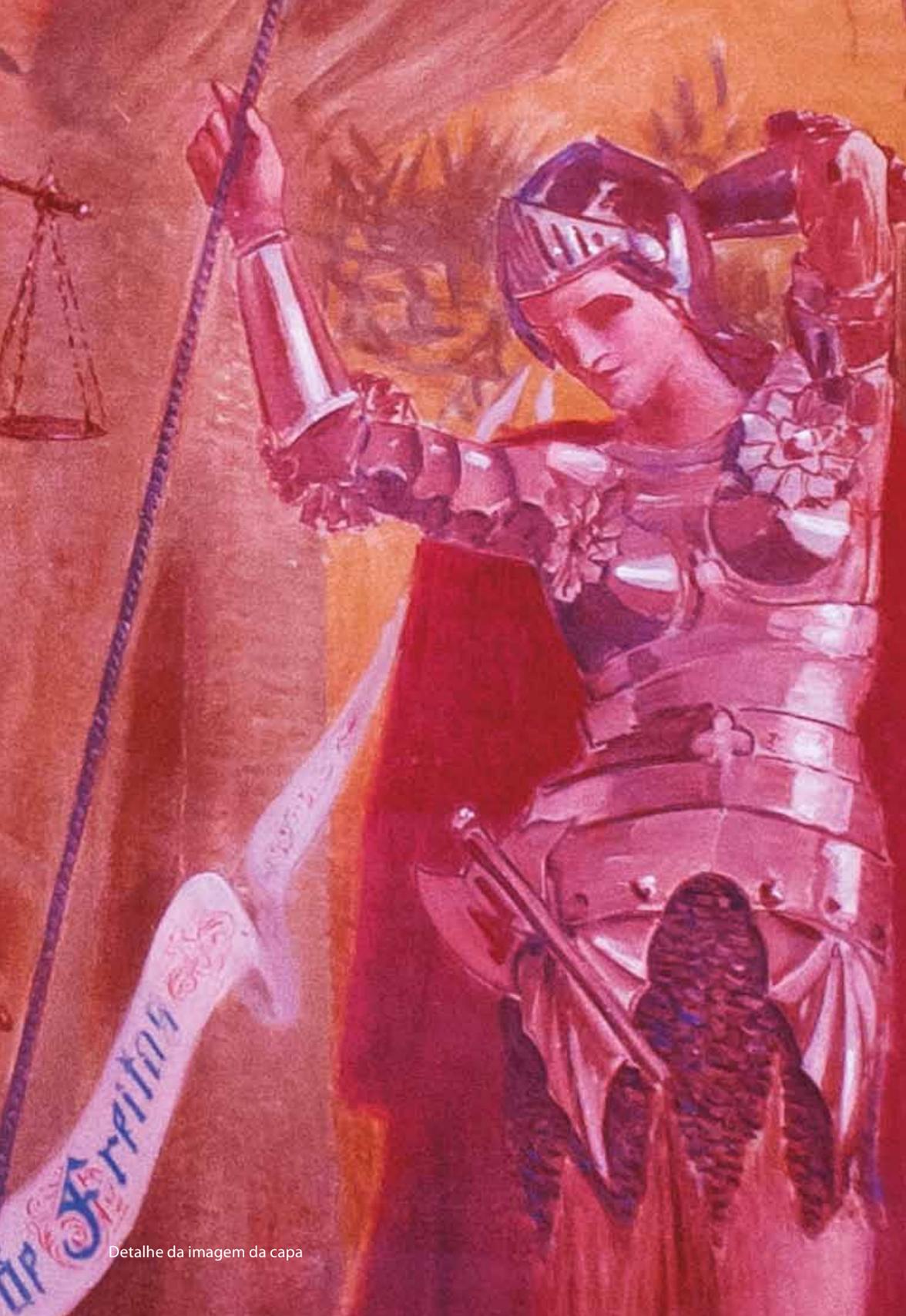
PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Vedação ao nepotismo nos três Poderes: irradiação da Resolução nº 7 do CNJ*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 3079, 6 dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20561>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Decisão Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309934>> Acesso 16 fev. 2016.

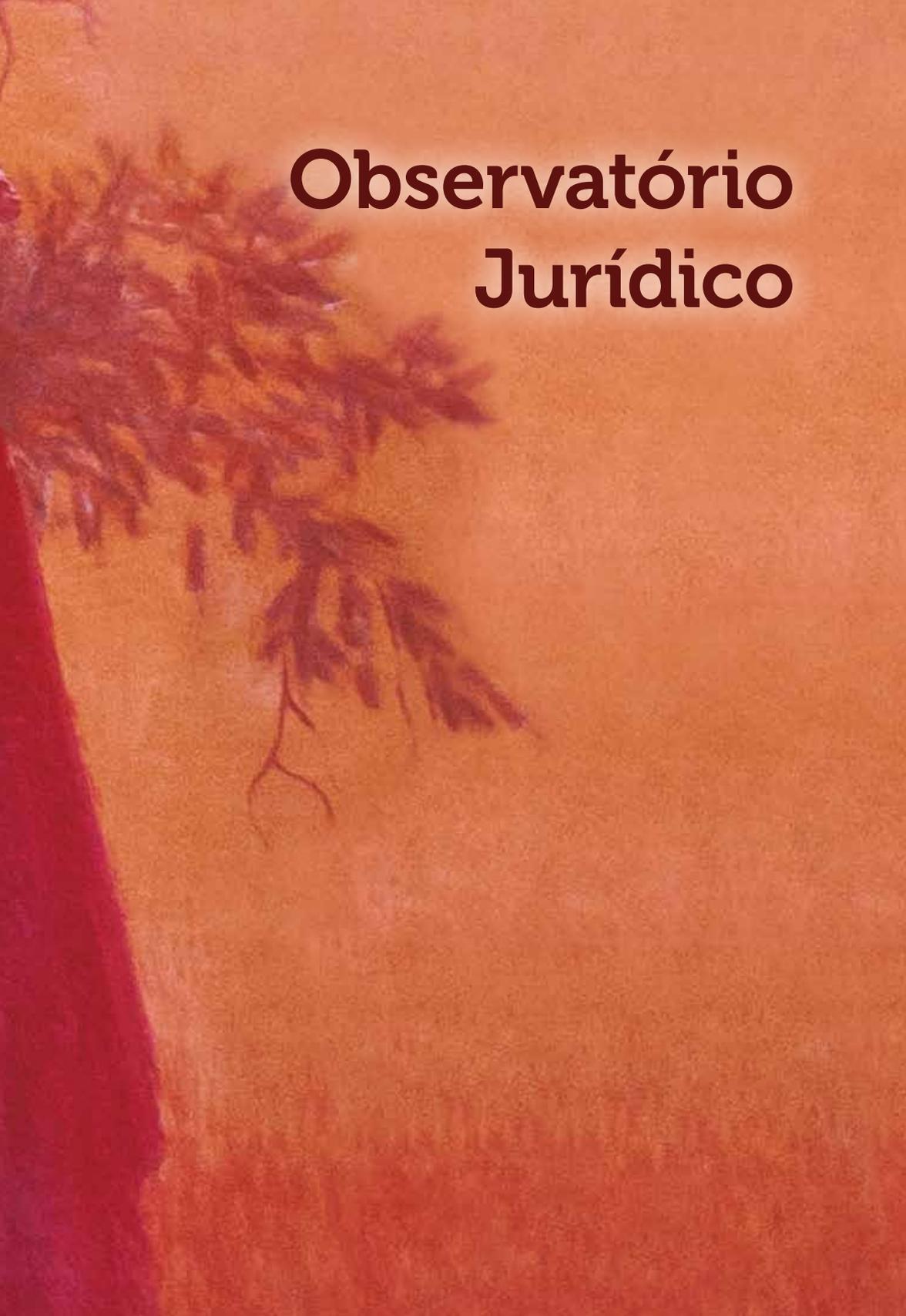
www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.cnj.jus.br



Detalhe da imagem da capa



Observatório Jurídico

Quem São os Golpistas?¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Li a entrevista da Presidente Dilma na Folha de 29/05/2016. Creio que ela não compreendeu ainda porque sofreu o “impeachment”. A corrupção de seu governo e do Governo Lula é ignorada e não há qualquer menção às suas causas. O maior assalto às contas públicas da história do mundo teve por núcleo a destruição da Petrobras, da qual foi presidente do Conselho de Administração, além de, posteriormente, Ministra das Minas e Energia e Presidente da República. Ou foi conivente ou fantasticamente incompetente ao não ter detectado anos e anos de saques ao Tesouro Nacional e suas empresas. Em recente “Resolução do diretório nacional do PT”, após o afastamento da Presidente, dizem, seus dirigentes lamentaram o fato de não terem alterado as estruturas da Polícia Federal, do Ministério Público e das Forças Armadas, assim como o financiamento da Imprensa. Não modificaram porque não puderam, pois são instituições do Estado e não do Governo e a Imprensa é livre. A corrupção do seu governo foi detectada por tais órgãos, que não estão subordinados ao Planalto.

E justifica o desemprego de 11 milhões de brasileiros, os desmandos do Bolsa Família (muitos desvios detectados pelo Tribunal de Contas), da Reforma Agrária (muitos políticos tendo recebido terras), a queda vertiginosa do PIB, a estrondosa superação da meta da inflação (muitos pontos acima do teto), como decorrentes de fatores externos e não, o que na realidade aconteceu, de não saber dialogar com o Congresso ou apresentar projetos consistentes.

Menciona delação premiada de um cidadão que envolveu o PMDB, — em que se discutia se seria ou não possível controlar a Lava Jato — sem mencionar o número das delações em que seu nome e do presidente Lula estão envolvidos, além de o tesoureiro de seu partido e do marqueteiro de sua campanha estarem presos.

É, portanto, uma entrevista regada a cinismo, além de ódio ao também pouco confiável presidente afastado da Câmara, na qual a tese do golpe volta.

Quem são os golpistas? 367 Deputados? 11 Ministros do STF? 55 Senadores? O constituinte, que aprovou os artigos 85 e 86 da Constituição? O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, que consideram ser a culpa grave (deixar roubar) um ato de improbidade administrativa? O Parlamento, que aprovou lei em que a “omissão” é ato de improbidade?

O Instituto dos Advogados de São Paulo e o Colégio de todos os Institutos de Advogados do Brasil publicaram livro, inclusive com trabalho do relator da Constituição, Bernardo Cabral, em que 21 renomados juristas mostram os inúmeros

¹ Artigo publicado na seção A3 Opinião do Jornal Folha de S. Paulo, em 31/05/2016.

* 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.

atos de improbidade administrativa praticados, dos quais só um serviu de base para o “impeachment”. Mais do que isto, disponibilizaram esses Sodalícios seu acesso (<http://www.iasp.org.br/livros/impeachment/>). O Conselho Federal da OAB ingressou com um pedido de “impeachment”, ainda pendente na Câmara, com a descrição de outros atos de improbidade não constantes da petição acolhida. É uma acusação muito mais ampla.

A tentativa, pois, de desfigurar a democracia brasileira no exterior, dizendo que é golpe sem dizer o nome dos golpistas (367 deputados? 55 senadores? 11 Ministros do STF?), é profundo desserviço à nação, além de ostensiva violação à Lei de Segurança Nacional.

Lamento que a Presidente afastada, em vez de se defender, procurando explicar por que o seu governo foi considerado o mais corrupto da história do mundo, procure desfigurar os fundamentos da democracia brasileira, cujas Instituições funcionam em estrita obediência à lei e à Carta da República.

A “Desconsideração Inversa” e o Novo CPC

Jorge Lobo*

A “desconsideração inversa” é um “veneno”, que causa à sociedade controlada danos de ordem política, administrativa, financeira, econômica, operacional e de marketing e prejuízos a minoritários e credores, e, por isso, deve ser encarada com suspeita, até mesmo com temor, daí a nossa crítica acerba, mas construtiva, ao art. 133, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, que a positivou, transformando-a em suposto “remédio” contra os males da lentidão da Justiça.

Estas afirmações soam dramáticas; todavia, não há nelas nenhum exagero, consoante demonstraremos, pois se baseiam no fato de a “desconsideração da pessoa jurídica”, que visa coibir abusos, transmutada em “inversa”, denominada pelos alemães “invertida”, estar sendo utilizada abusivamente, inclusive estendendo-se a sociedades coligadas...

Rolf Serick e Ulrich Drobnig, sistematizadores da jurisprudência americana da “*disregard*” (“desconsideração”) e alemã do “*Durchgriff*” (“penetração”), ao fim de longa pesquisa, chegaram a idênticas conclusões quanto à desconsideração “direta”, “inversa” ou “invertida”, “limitada direta” e “especial”: (1ª) o “princípio da separação” entre a sociedade e seus sócios é a regra; (2ª) excepcionalmente, afasta-se a autonomia jurídica e patrimonial da sociedade nas hipóteses de fraude à lei, a normas contratuais e a credores, e, neste caso, se presentes o pressuposto subjetivo (intenção dolosa de lesar credores) e o pressuposto objetivo (insuficiência patrimonial da devedora), e (3ª) a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária.

Ao discorrer sobre a jurisprudência germânica, Drobnig enfatiza:

(1º) a penetração invertida, em que o patrimônio da sociedade é chamado a responder por dívidas do sócio, é relativamente rara (*apud*, J. Lamartine Correa de Oliveira, *A dupla crise*, p. 342; (2º) ‘os pressupostos fáticos da penetração invertida raramente ocorrem’ (*loc. cit.*); (3º) ‘esse remédio jurídico extraordinário só será admissível quando a obtenção normal do valor das quotas sociais pertencentes ao sócio, e que garantem primariamente o credor pessoal, seja difícil e ponha em perigo a satisfação da pretensão’ (*idem*), e Serick afirma: (1º) ‘o *Durchgriff* do sócio, por quebrar o princípio de autonomia da pessoa jurídica, deve ser sempre uma exceção: (2º) se houver outra solução capaz de atender aos interesses envolvidos, não

* Jorge Lobo é Mestre em Direito da Empresa da UFRJ e Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

se deverá recorrer a essa solução excepcional' (loc. cit.); (3º) 'ter a jurisprudência com razão observado que os credores do sócio estão frequentemente em situação de poder obter satisfação através da penhora e alienação das cotas por via judicial' (*idem*).

Assim era, na Alemanha, na primeira metade do século XX, como é, hoje, nos EUA, segundo o profundo estudo *"Reverse Piercing of the Corporate Veil: Straightforward Path to Justice"*, de Nicholas B. Allen, publicado na *St. John's Law Review*, 2011, v. 85, nº 3, p. 1147 e ss., no qual se lê: (1º) não é corrente a prática da "desconsideração inversa" nos EUA; (2º) vários estados expressamente a rejeitam e, nos que a aceitam, (3º) "a desconsideração inversa" está longe de ser "uniforme" (art. cit., p. 1149) e (4º) sua aplicação "requer prova de que acionistas ou credores inocentes não serão prejudicados" (*loc. cit.*), o que, acrescenta-se, dificilmente deixará de ocorrer.

No Brasil, a "desconsideração inversa" vem sendo adotada nos casos de confusão patrimonial e/ou transferência de bens dos controladores para a controlada em fraude a credores e fraude à execução, e, agora, infelizmente, terá respaldo no NCPC, o que nos obriga a fazer três ponderações para análise dos doutos, em especial dos magistrados.

Primeira, a absoluta carência do pressuposto objetivo da "desconsideração inversa", isto é, a inexistência de bens, que jamais ocorre, eis que os controladores sempre detêm a maioria das cotas ou ações com direito a voto em que se divide o capital da controlada; segunda, a interpretação do art. 133, § 2º, do NCPC deve inspirar-se no pragmatismo jurídico norte-americano — que propõe a fusão dos princípios de segurança, justiça e eficiência —, em seu viés consequencialista —, que (a) prioriza os efeitos práticos da decisão judicial e não apenas e tão só um conjunto supostamente completo, integrado e harmônico de regras, e (b) visa evitar resultados indesejáveis e minimizar os custos sociais; terceira, na exegese do art. 133, § 2º, do NCPC e na aplicação da "desconsideração inversa", deve-se atentar para os nefastos resultados que ela produz.

São nefastos os resultados da "desconsideração inversa" porque, sob o prisma (a) político: incita conflitos societários entre minoritários e controladores; (b) administrativo: quebra a harmonia que deve existir entre representantes de minoritários e controladores no conselho de administração e na diretoria; (c) financeiro: os bancos elevam o prêmio de risco, reduzem prazos de pagamento, exigem reforço das garantias, negam-se a conceder renovações e novos empréstimos; (d) econômico: bens e direitos, até então livres, tornam-se objeto de garantias reais devido ao aumento do risco da controlada; (e) operacional e de marketing: esses inesperados problemas têm imediata repercussão no funcionamento da empresa e na imagem e distribuição dos seus produtos e serviços.

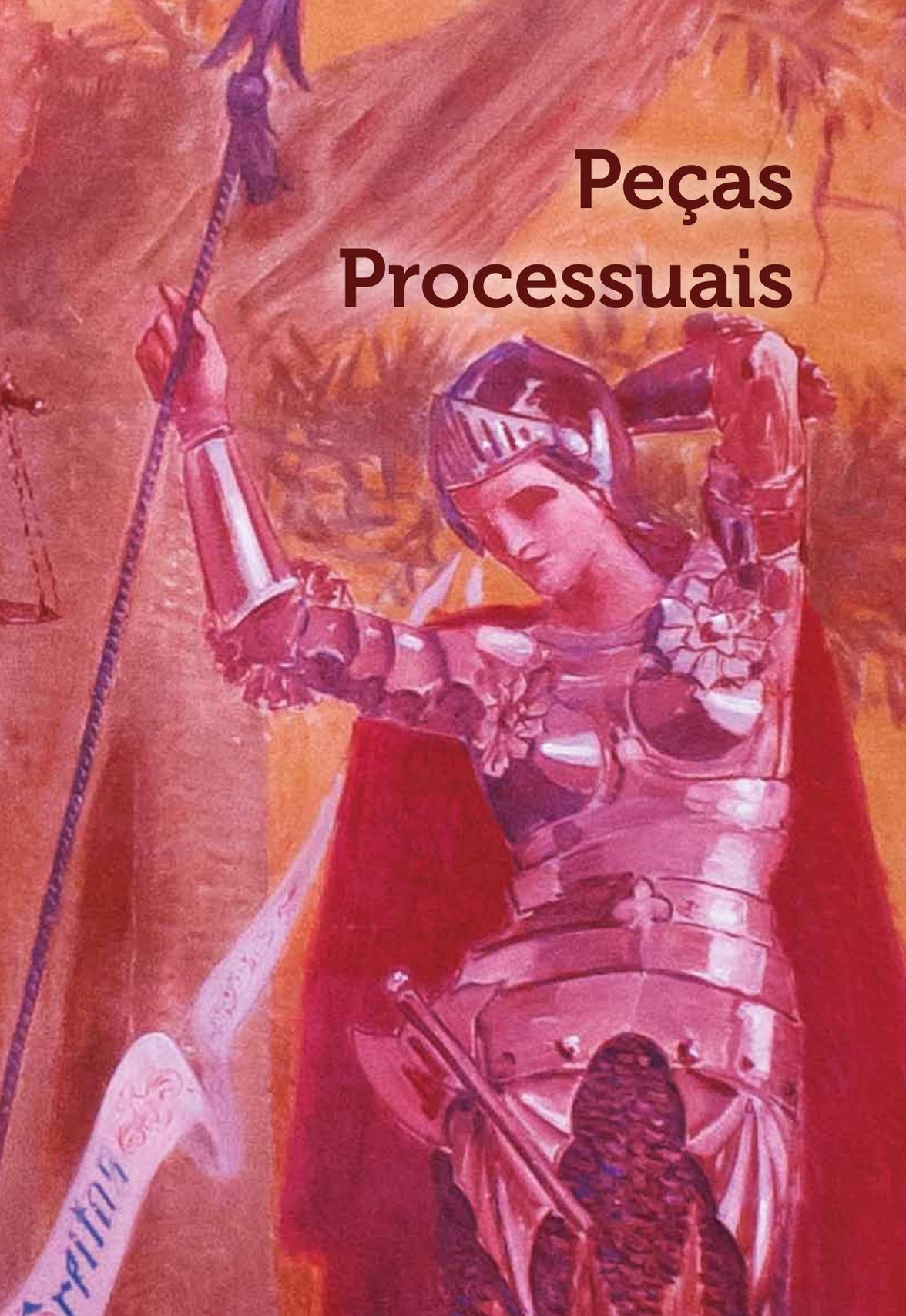
Apesar dessa pletora de danos e prejuízos, o NCPC "veio" "facilitar" — sim "facilitar" — a "vida" do credor, não obstante o direito positivo preveja e ponha à sua disposição, de há muito: (1º) se tiver havido (a) fraude a credores, a ação pauliana, (b)

fraude à execução, a declaração de ineficácia do ato translativo da propriedade nos próprios autos da execução, (c) simulação para lesar terceiros, a ação de nulidade ou anulabilidade do ato; (2º) o pedido de falência da controladora, ou de insolvência civil dos controladores, e conseqüente arrecadação e venda de suas cotas ou ações, e, *the last but not the least*, (3º) a penhora da participação societária dos controladores na controlada, na esteira da doutrina de Rolf Serick e Ulrich Drobniç.



Lei
da Boa
Razão

Peças Processuais



Pareceres

• • •

Parecer ministerial em processo judicial. Agravo de Instrumento contra decisão deferitória de guarda provisória de menor brasileiro, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), à avó paterna e parentes de nacionalidade belga.

Adolfo Borges Filho*

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Instrumento nº 0010302-30.2016.8.19.0000

Agravante 1: A. K. M.

Agravante 2: M. M.

Agravante 3: M. M.

Agravado 1: E. A. A. G.

Agravado 2: Y. F. M. D.

Agravado 3: V. L. C. L.

Relator: Desembargador Dr. Edson Vasconcelos

EMENTA

Agravo de Instrumento contra decisão deferitória de guarda provisória de menor brasileiro, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), à avó paterna e parentes de nacionalidade belga. Autorização para que o menino possa viajar para a Bélgica na companhia dos mesmos, conjunta ou isoladamente. Mãe brasileira acusada de haver assassinado o companheiro de nacionalidade belga, pai da criança. Denúncia recebida e prisão preventiva decretada. Liminar retificadora da douta Relatoria, mantendo a decisão de primeiro grau, impedindo, outrossim, a saída do infante do país “até ulterior deliberação” (*verbis*). *Decisum* monocrático que, acompanhando parecer ministerial, destaca que, neste momento, “os autores apresentam melhores condições para proporcionar a H. o convívio familiar afetuoso, seguro, estável e confiável” (*verbis*).

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Laudos técnicos indicando que a “avó materna do menino possui dificuldades para incluí-lo em suas rotinas, não apresentando condições de lhe oferecer os cuidados diários necessários para o seu adequado desenvolvimento” (*litteris*). Documento do Consulado da Bélgica no Rio de Janeiro informando que a criança permanecerá em situação regular no país de origem de seu falecido pai. Entendimento desta Procuradoria de Justiça de que a ida do menor para a Bélgica consistirá também em medida protetiva ao mesmo eis que, sendo herdeiro dos bens deixados pelo genitor no Brasil, estará mais protegido, no tocante a sua segurança pessoal, tendo em vista que, s.m.j., o coautor do delito ainda se acha foragido. Por outro lado, evita-se, também, a exposição da criança, com eventuais repercussões pedagógica e psicológica, já que o caso alcançou relativamente ampla e natural cobertura por parte da mídia local. Inteligência dos artigos 31 c/c 33 e 46, parágrafo 2º, do ECA. Aplicação do princípio constitucional do “melhor interesse da criança”. Parecer no sentido do **DESPROVIMENTO DO AGRAVO**, mantida na sua integralidade a r. decisão de primeiro grau pelos seus doutos e jurídicos fundamentos.

PARECER

Excelentíssimo Desembargador Relator, Egrégia Câmara:

Cuidam os autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** regular e tempestivamente interposto contra a r. decisão de fls. 567/571, de lavra da MM. Juíza Gloria Heloiza Lima da Silva, cujo dispositivo é o seguinte:

“...defiro a guarda provisória de H. B. M. L. compartilhada aos autores E. A. A. G., Y. F. M. D., e V. L. C. L. pelo prazo de 180 dias. Lavre-se o termo. AUTORIZO o menino com fulcro no artigo 85 da Lei nº 869/1990 a proceder viagem para a Bélgica na companhia dos autores conjunta ou isoladamente.

A guarda deverá ser exercida de forma que a família materna continue a manter a comunicação contínua com o menino através das redes sociais disponíveis e demais meios existentes, preservando-se sua a cultura e a língua brasileira.

Determino que os autores diligenciem efetivamente duas viagens internacionais ao Brasil durante o ano, preferencialmente, na época das férias escolares e festas natalinas, custeando todas as despesas necessárias, possibilitando o convívio mínimo de pelo menos 20 dias com a família materna.

Determino que os autores no prazo de 30 dias providenciem o acompanhamento psicológico e social do menino perante aos órgãos de estilo em seu País, promovendo a juntada dos relatórios bimensais circunstanciados devidamente traduzidos, que também deverão contemplar o seu processo de desenvolvimento escolar e de saúde, física e emocional.

À equipe técnica para estudo social com a família materna, incluída a visita domiciliar.

Intimem-se as partes. Ciência ao MP.

Intimem-se os réus para que procedam a apresentação do menino no prazo de 24 horas na sede do Juízo devidamente acompanhados dos documentos indispensáveis a sua rotina diária, dentre eles, a certidão de nascimento, carteira de vacinação e passaporte” (*verbis*).

Nas razões de agravo, constantes de fls. 02/12, as Dras. Advogadas salientam que “no caso em tela, data vênia, o Julgador não pode ser tão objetivo a ponto de avaliar apenas o poder aquisitivo das partes, como fez a Juíza ‘a quo’” (*sic*), aduzindo que “desde que nasceu a tia avó participa das atividades do pequeno H. Fazia parte da sua rotina, ficar ao lado da sobrinha A. e ajudá-la a cuidar da criança. Para isso, deixava sua casa e se deslocava para Santa Teresa, uma vez que ficavam muito sozinhos” (*verbis*). Ressalta, ainda, “que a criança jamais teve contato com a família paterna até agora!!!” (*verbis*). Chamam, outrossim, a atenção para o fato “do caráter DUVIDOSO do ‘de cujus’” (*sic*) e indaga, finalmente, “Como pode ser possível que a família que criou um ser humano com caráter tão duvidoso na Bélgica poder afirmar que poderá oferecer uma educação muito melhor a nossa criança brasileira naquele país??? Ora, embora com poucos recursos financeiros o menino vêm sendo criado com amor, carinho, respeito e dignidade no Brasil” (*sic, ipsi litteris*).

A douta Relatoria, através do r. despacho de fl. 17, concedeu suspensividade ao recurso, “para o fim de paralisar o curso do processo até decisão final no presente agravo de instrumento, porque a autorização de retirada do menor do território brasileiro inviabilizará ou, no mínimo, dificultará a execução da decisão que vier a ser prolatada a final, na medida em que não haverá jurisdição nacional na hipótese” (*verbis*). Entretanto, na r. decisão de fls. 162/163, o culto Desembargador Relator reconsiderou “em parte a decisão de fls. 17 para manter a decisão agravada, vedada, todavia, a saída do menor do país, até ulterior deliberação” (*litteris*). No bojo desta segunda decisão, S. Exa. esclarece que decidira pela paralisação do feito “convicto de que a criança ‘nunca havia tido contato com a família paterna’, consoante afirmado na petição do recurso. Em verdade, desconhecia este relator que o menor já estivera sob a guarda dos avós paternos em território belga, onde, inclusive, esteve matriculado, por curto período, em escola infantil, o que se deu por autorização do próprio Juízo que proferiu a decisão agravada. Também não se sabia que a agravante M. descumpriu deliberadamente a ordem de apresentar a criança ao Juízo, encontrando-se esta em lugar incerto e não sabido, o que obrigou expedição de mandado de busca e apreensão, ainda não cumprido” (*verbis*, decisão prolatada em 03 de março de 2016).

Nas contrarrazões apresentadas às fls. 168/187, os Drs. Advogados dos ora Agravados salientam o fato de a Sra. A. K. M., genitora da criança, ter sido “denunciada pelo Ministério Público, (fls. 114) e já está presa desde 17/05/2015, como suspeita de ser a mandante do assassinato do pai da criança o fotógrafo B. L., sendo o crime classificado como homicídio duplamente qualificado e **em princípio confessado pela mesma (fls.**

122-123), conforme consta nos autos do processo penal nº 0161227-69.2015.8.19.0001, tramitando na 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital deste Estado, ou seja, o crime não está em fase de investigação” (*verbis*, grifos no original). Aduzem, ainda, ter havido “desistência do pedido de guarda pela avó materna” (*verbis*) e que “Na verdade, o que se descobriu depois, é que a criança não estava sob sua guarda, e que na verdade ficou sobre a guarda da Sra. M. M., a tia avó da criança, que somente ingressou nos autos da ação de guarda originária por que o juízo *a quo* sugeriu que a entrada desta 3ª Agravante se desse por emenda á petição inicial (pelos Requerentes, ora Agravados) e assim foi operada a sua inclusão, apesar de nunca ter apresentada uma única petição tratando daquele mérito” (*litteris*, grifado no original). Esclarecem, também, que os Agravados já afirmaram, por escrito, “que, caso a guarda compartilhada requerida seja concedida e a genitora futuramente possa novamente exercer o poder parental de forma regular, os mesmos se comprometem a devolver o H. aos cuidados da mãe, sempre considerado os melhores interesses da criança” (*verbis*, grifos no original). Refutam o alegado “caráter duvidoso” do falecido, ressaltando que “o falecido pai do menino H., apesar de ainda incólume nos autos das ações em trâmite, não é o que realmente importa nos autos da ação de guarda da criança, onde se objetiva alcançar a melhor, mesmo que provisório, ao bem estar da criança, considerando todo o nefasto cenário fático em que já se encontra inserido” (*verbis*, grifos no original). Segundo ainda a defesa dos ora Agravados, o “*de cujus* deixou, além da conta bancária, para inventário, entre outros bens, os seguintes bens no território brasileiro:

- i. uma casa, residência e/ou pousada, situado na Travessa Poti, nº 41, Santa Teresa, Rio de Janeiro/RJ;
- ii. uma casa de praia sobre uma área total de 17.892,00 m², situada na Praia da Costa, Ilha da Atalaia, no município de Canavieiras/BA, CEP 45.860-000;
- iii. uma casa residencial com dois pavimentos, precisando de reforma, situada na Rua Pederneiras, nº 81, no município de Canavieiras/BA, CEP 45.860-970” (*litteris*).

Quanto a este tópico, concluem os causídicos que “Em nenhum momento, as Agravantes iniciaram a abertura de inventário em benefício do único herdeiro, a criança H., e somente por isso a Agravada, como avó paterna da criança, objetivando preservar o patrimônio do seu neto, abriu inventário no dia 08/06/2015, especialmente para evitar a incidência de eventual multa em relação ao ITCMD. O processo de inventário tramita junto à 3ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital sob número 0247084-83.2015.8.19.0001 (doc. 05)” (*verbis*, grifos no original). Pleiteiam, ao final, a manutenção da decisão agravada e a condenação das Agravantes por litigância de má fé, de acordo com o artigo 17, inciso II e VII, artigo 14 e 18 do CPC.

É o relatório.

Não merece reparo a r. decisão de primeiro grau que, ao ver da Procuradoria de Justiça, deve ser mantida na sua integralidade. Na verdade, entendemos que o r. *decisum* prolatado pela douta Relatoria, à fls. 162/163 deve assumir caráter satisfativo, excluindo-se do mesmo, com a devida vênia, a vedação da “saída do menor do país, até ulterior deliberação” (*verbis*).

A ilustrada Promotoria de Justiça, na assentada de fls. 99/100, se manifestou assim:

Considerando o teor dos documentos acostados aos autos pela parte autora, assim como o teor dos Estudos social e psicológico acostados aos autos, e por derradeiro considerando o teor favorável do relatório, ainda que parcial, apresentado pela parte autora quanto ao período em que a criança permaneceu junto à família paterna na Bélgica e ainda o teor do documento de fls. 459 do Consulado Geral da Bélgica no Rio de Janeiro, que assegura que a criança H. não ficará em situação irregular na Bélgica, oficia o MP favoravelmente à concessão da guarda provisória aos requerentes, os quais deverão se comprometer a fomentar a comunicação por todos os meios possíveis com os familiares maternos, de modo que a criança tenha preservados os contatos com a família, com a língua e com a cultura brasileira, sem prejuízo do compromisso de arcar com o custo financeiro de duas viagens internacionais ao ano ao Brasil, para que a criança possa ter uma convivência pessoal mínima com a genitora, se for o caso, e a respectiva parentela materna (*litteris*, fl. 100).

À guisa de se evitar a superfluidade, com a repetição de pontos já examinados na decisão agravada, alterando-se apenas os vocábulos, destacamos excertos da mesma que fundamentam o nosso posicionamento:

...os estudos técnicos realizados indicaram que avó materna do menino possui dificuldades para incluí-lo em suas rotinas, não apresentando condições de lhe oferecer os cuidados diários necessários para o seu adequado desenvolvimento (fls. 457); A mesma permaneceu ausente, transferindo para outrem os deveres familiares que sua qualidade lhe exigia, revelando a ausência de comprometimento quanto à criação do próprio neto diante a situação familiar conflituosa.

Assim, conquanto em sede de audiência especial não tenha concordado com o pedido autoral, neste momento, não se pode olvidar, que a mesma não possui condições de ser a guardiã. Isto porque não conseguiu demonstrar que na sua companhia H. poderá

gozar de um ambiente familiar estável e seguro com rotinas normais próprias para a sua idade.

De igual modo, a segunda demanda confessou em sede de audiência (fls. 502/504) que omitiu para os autores o local de residência do menino, deixando-o privado de comunicar-se com sua família paterna a despeito dos mecanismos de comunicação existentes, dentre eles, as redes sociais, (fls. 445) evidenciando com isso que, injustificadamente, dificultou a manutenção dos vínculos de afetividade já construídos entre eles, violando, sobretudo, os direitos básicos do infante. Vale dizer, o direito de se relacionar com seus entes familiares.

Logo, diante do contexto até então apresentado nos autos, corroborado com o Juízo de cautela de estilo, principalmente, porque não há outra demanda ajuizada destinada a regularização da situação fática da criança, o deferimento da guarda provisória aos autores se revela como sendo a única medida possível que efetivamente atenderá os seus interesses. Isto porque há existência de forte vínculo de afetividade entre H. e sua avó paterna, além de seus tios e primos.

Friso, ainda, que restou cristalinamente demonstrado, sobretudo por ocasião das audiências especiais realizadas, que a criança esteve adaptada ao núcleo familiar paterno, não havendo indicativos quanto a qualquer dificuldade inerente a comunicação, hábitos e cultura dos autores. Ao contrário disso, os dias em que o menino permaneceu na Bélgica inserido nesta família, se revelaram proveitosos e harmoniosos, sendo certo que, os autores promoveram todos os esforços para que o mesmo continuasse a cultivar o relacionamento com a família materna.

Logo, neste momento, os autores apresentam melhores condições para proporcionar a H. o convívio familiar afetuoso, seguro, estável e confiável. Nele o menino poderá, inclusive, gozar do convívio com outras crianças de sua idade, contribuindo, assim, com a troca positiva de experiência apropriada para o seu processo de crescimento e amadurecimento.

Ressalto, ainda, exsurge da leitura dos artigos 31 c/c artigos 33 e 46, parágrafo segundo do ECA que não há proibição legal para a concessão da guarda provisória aos autores, pois são **familiares diretos do menino e postulam tão somente essa pequena parcela do poder familiar**, sendo necessária para a regularização de sua representação jurídica, vigilância, direção e educação.

Ademais, nos termos do artigo 19 da Lei nº 8.069/1990, H. tem o direito fundamental de conviver com sua família de origem não havendo prejuízo ou obstáculo para a sua concretização.

Finalmente, diante do teor do documento de fls. 459 emitido pelo Consulado Geral da Bélgica na Cidade do Rio de Janeiro, o infante permanecerá em situação regular na Bélgica, país de origem de seu genitor e família.

Foi nesse sentido a manifestação do Ministério Público (*ipsis litteris*, grifos no original).

A propósito do tema, trazemos à colação, jurisprudência desta E. Corte de Justiça: **0057971-21.2012.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO**

1ª EMENTA

DES. JACQUELINE MONTENEGRO – Julgamento: 19/02/2013 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM AO EXTERIOR NA COMPANHIA DO PADRASTO ESTRANGEIRO, COM EMPREGO FIXO NO BRASIL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Criança que reside sob o mesmo teto com o padrasto há cerca de oito anos, possuindo o casal filha comum de seis anos de idade, já havendo sido autorizados judicialmente a viajar para o exterior anteriormente. 2. O genitor do menor encontra-se em local incerto e não sabido, tendo ordem de prisão decretada em seu desfavor pela Justiça Federal. 3. Não parece razoável a negativa de alvará de viagem, já que não há – pelo menos por enquanto – qualquer motivo para suspeita de que o menor não retornará ao país, até porque possui autorização de sua mãe que teve a guarda provisória deferida. 4. Recurso provido.

Vemos como salutar para o “interesse da criança” – princípio norteador na área do juízo da infância – a possibilidade de saída do país com sua avó e parentes paternos. O bárbaro crime perpetrado contra seu pai teve como palco a casa em Santa Tereza. Conforme se lê da decisão de recebimento da denúncia, acostada às fls. 114/117, o delito foi cometido com a participação do indivíduo S. F. R. que, s.m.j., se encontra foragido. Destacamos do *decisum* criminal o seguinte trecho:

Da mesma forma, ao denunciado S. F. R. assiste a mesma sorte, eis que este forneceu a arma de fogo que matou a vítima (fls. 24/30), a qual não teve qualquer possibilidade de defesa, circunstâncias que denotam a gravidade de como o crime foi praticado e revela a periculosidade do réu e que, igualmente, justifica sua prisão para a garantia da ordem pública.

Ademais, verifica-se, nos diálogos interceptados no apenso sigiloso, que S. tentou revender aparelhos eletrônicos que pertenciam à vítima. Consta da Representação de Mandado de Busca e Apreensão

(fls. 32/33) que o denunciado repassou a uma loja de informática um Iphone, dois Laptops e um notebook.

Outrossim, deve ser salientada a importância de se preservar a conveniência da instrução criminal, com proteção da integridade física das testemunhas, levando-se em conta que o denunciado é 2º Sargento da PMERJ, fator que demanda maior atenção, visto que, por seu militar, o denunciado poderia fazer uso de alguns meios para encontrar e ameaçar vítimas ou mesmo prejudicar o regular andamento processual (*verbis*, no original, certamente por erro de digitação, aparece “CRMERJ”).

O menor H. é herdeiro de bens existentes aqui no Brasil. Pela leitura do termo de declarações prestadas por sua genitora em sede policial (fls. 121/123) percebemos que um dos motivos determinantes do crime se relaciona com a questão patrimonial do *de cujus*. Existe, sim, a nosso juízo, preocupação em se deixar a criança residindo, durante este período de apuração criminal e inventariança dos bens, aqui nesta cidade que, infelizmente, padece, atualmente, de uma grave crise na área da segurança pública. Ademais, o caso já está sendo veiculado pela mídia e, certamente, a criança poderá ser alvo de constrangimentos desnecessários, em termos de exposição de sua imagem; fato altamente prejudicial para o seu desenvolvimento psicológico e pedagógico. Por isso que, uma vez mais, ratificamos o posicionamento da ilustre magistrada *a quo*, no sentido de autorizar o menino “a proceder viagem para a Bélgica na companhia dos autores conjunta ou isoladamente” (*verbis*).

Quanto ao pedido de aplicação da *litigância de má fé*, cremos ser ainda prematura a sua análise eis que a questão em jogo, em sede estreita deste agravo de instrumento, é a proteção mais adequada a ser outorgada ao menor H.

Do exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido do **DESPROVIMENTO DO AGRAVO**, mantida, na sua íntegra, a r. decisão de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2016.

ADOLFO BORGES FILHO

Procurador de Justiça

Mandado de Injunção Coletivo. Determinar a mora do Poder Legislativo Municipal de São Pedro da Aldeia quanto à edição de lei regulamentadora do Estudo de Impacto de Vizinhança.

Bruno Rinaldi Botelho*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE SÃO PEDRO DA ALDEIA – RJ

Ref.: Inquérito Civil nº 02-030/2016

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama, com endereço na Avenida Nilo Peçanha, nº 259, 2º andar, Centro, Araruama, vem à presença de V. Exa., com azo nos artigos 5º, LXXI e 129, II, da Constituição da República; art. 6º, VIII, da Lei Complementar nº 75/1993; art. 34, VII, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003; 6º e 7º, da Lei nº 12.016/2009; e 36, 37 e 38, da Lei nº 10.257/2001, ajuizar o presente

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

em face da **CÂMARA DOS VEREADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA**, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço na Rua Hermógenes Freire da Costa, nº 179, Centro, São Pedro da Aldeia – RJ, pelas razões de fato e de direito adiante expostas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, cumpre observar que, a teor dos artigos 6º, VIII, da Lei Complementar Federal nº 75/1993, e 34, VII, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para impetração de mandado de injunção.

Poderia ser questionada, em tese, se ao *Parquet* seria dado o manejo do referido instrumento em sua acepção coletiva. Contudo, também quanto a tal ponto, é razoavelmente pacífica na doutrina a admissibilidade, condicionando-se, evidentemente, à espécie de direitos tutelados. Nesse sentido, cumpre trazer à baila a posição de Uadi Lamego Bulos, no sentido de que “sendo difusos ou coletivos os interesses a serem tutelados, o Ministério Público poderá impetrar mandado de injunção”¹.

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

¹ BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 787.

Reforçando tal entendimento, é oportuna a transcrição do entendimento externado por Hugo Nigro Mazzilli²:

Cabendo ao Ministério Público defender o regime democrático (CR, art. 127), que se assenta necessariamente no exercício dos direitos e liberdades fundamentais referidos no permissivo do mandado de injunção, bem como cabendo-lhe zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CR, art. 129, II), por certo que, além da ação de inconstitucionalidade por omissão (CR, art. 103, § 2º), terá iniciativa do mandado de injunção, naturalmente dentro dos limites de atribuições de cada instituição e de cada órgão.

Além disso, especificamente quanto ao manejo do mandado de injunção coletivo, assim leciona Daniel Amorim Assumpção Neves³:

No tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, entendo que somente na hipótese de substituição processual se poderia, ainda que em tese, defendê-la. *Como é entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, o cabimento do mandado de injunção coletivo, na defesa de direitos coletivos de um grupo, classe ou categoria de pessoas, basta para legitimar ativamente ao Ministério Público a aplicação do art. 129, III, da CF, que atribui a legitimidade ativa para o Parquet na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo. Essa legitimidade ativa, naturalmente, não é restrita a determinadas espécies de ações coletivas, de forma que também deve ser admitida no mandado de injunção.*

Resta clara, portanto, a legitimidade ativa do Ministério Público para deflagrar o presente remédio constitucional.

1.2. DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA DOS VEREADORES

Impetra-se o presente mandado de injunção em face da Câmara dos Vereadores do Município de São Pedro da Aldeia, uma vez que é este o órgão que deveria ter editado o ato em questão.

É certo que há, na doutrina, controvérsia quanto à fixação do polo passivo no mandado de injunção. Contudo, a inclusão apenas do órgão que se encontra em mora é a posição majoritária e, ao ver deste Promotor de Justiça, mais correta, por indicar como “réu” apenas aquele que deveria ter agido mas não o fez.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público no mandado de segurança, no mandado de injunção, na ação popular e no habeas corpus*. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpmshcetc.pdf>>. acessado em: 03 Maio 2016.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2013, grifamos.

Mais uma vez, é pertinente invocar a doutrina de Uadi Lamego Bulos⁴ a respeito do tema:

Apenas a pessoa estatal é o sujeito passivo, réu ou demandado na ação injuncional, jamais o particular, que não tem qualquer dever de regulamentar o Texto Maior, tarefa afeta ao Poder Público e, em especial, ao Poder Legislativo.

Precedentes do STF: STF, MI 369/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ, 774:397; STF, MI 2 88-6/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 1, de 3-5-1995, p. 11629; STF, MI 502-8, Rel. Min. Maurício Corrêa, OJ, 1, de 8-12-1996, p. 12211.

Assim, se a omissão for do Poder Legislativo Federal, a injunção deverá ser ajuizada em face do Congresso Nacional. Mas, se a iniciativa de lei pertencer, privativamente, ao Presidente da República (CF, art. 6 1, § 1 2) o *writ* deverá ser impetrado contra ele, porque o Congresso não é o sujeito passivo da relação processual.

Portanto, resta justificada a indicação do polo passivo feita na presente exordial.

1.3. DO RITO A SER ADOTADO

A teor do que determina o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/1990, cumpre adotar, no processamento do presente remédio constitucional, o rito próprio ao mandado de segurança.

1.4. DA COMPETÊNCIA DESTE JUÍZO PARA JULGAMENTO

O presente mandado de injunção é apresentado ao Juízo da 2ª Vara de São Pedro da Aldeia pelo fato de ser esta a Autoridade Judiciária com atribuição fazendária no Município. E, tratando-se de ausência de lei municipal, compete ao 1º grau de jurisdição a intervenção. Confira-se⁵:

Competência dos juízes de primeiro grau - os juízes de primeiro grau são competentes para apreciar *writs* injuncionais quando a omissão reportar-se a normas municipais.

2. DOS FATOS

O Inquérito Civil nº 02-030/2016, apesar de ter sido formalmente instaurado no âmbito da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama apenas em 25 de fevereiro de 2016, se refere a uma investigação levada a cabo desde o ano de 2005, como se verifica em fls. 02-03 do IC, em sua numeração original.

⁴ BULOS, Uadi Lamego. Ob. cit., p. 787.

⁵ BULOS, Uadi Lamego. Ob. cit., p. 790.

Às fls. 28-46, consta cópia da publicação oficial por meio da qual o Município fez publicar o seu Plano Diretor (Lei Complementar Municipal nº 40/2005). Cumpre aqui transcrever o teor dos artigos 42 a 44, relacionados ao objeto do presente *mandamus*:

Art. 42 Lei municipal específica definirá os empreendimentos e atividades privadas ou públicas em área urbana que dependerão da elaboração de um estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal.

Art. 43 O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente no bairro onde se situar o empreendimento, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I. adensamento populacional;
- II. equipamentos urbanos e comunitários;
- III. uso e ocupação do solo;
- IV. valorização imobiliária;
- V. geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI. ventilação e iluminação;
- VII. paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 44 A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação do estudo de impacto ambiental (EIA), requerido nos termos da legislação ambiental.

Em fls. 61, consta **informação datada de 19/07/2010 no sentido de que não “não existe na Secretaria de Obras o estudo de impacto de vizinhança no Município”.**

Às fls. 63-73 da via física do Inquérito Civil foi juntada a **Recomendação nº 06/11**, por meio da qual o Ministério Público expressamente recomendou a elaboração o e encaminhamento de projeto de lei municipal específica para a regulamentação das hipóteses de empreendimentos e atividades a serem submetidas ao prévio estudo de impacto de vizinhança, além de outras determinações.

Às fls. 95, consta nova informação, agora datada de 05 de abril de 2016, no sentido de que **“o Município não possui a Lei que regulamenta as hipóteses de empreendimentos e atividades a serem submetidas ao prévio estudo de impacto de vizinhança”.**

Resta claro, portanto, que há uma omissão que se arrasta pelo tempo, na medida em que o Poder Legislativo de São Pedro da Aldeia está inerte em sua obrigação legal de editar lei que regulamente, no Município, as hipóteses que ensejam a necessidade de estudo de impacto de vizinhança.

Note-se que o Inquérito Civil em anexo já perdura por considerável lapso de tempo e, em momento algum, o Município forneceu indícios mínimos de que esteja realizando o estudo em questão. Isso, aliás, não chega a ser exatamente surpreendente, pois há em sua escusa o fato de que, de fato, a Edilidade não editou o ato legislativo atinente.

Diante desse cenário, vislumbramos apenas duas alternativas. A uma, quedamo-nos inertes, aguardando que a Câmara dos Vereadores de São Pedro de Aldeia espontaneamente saia de sua letargia e resolva cumprir sua obrigação. A duas, passamos à ação, e utilizamos o meio de que dispomos para **declarar a mora do Legislativo**, forçando o Poder a exercer o seu mister. Em atenção ao Estado Democrático de Direito, e ao dever constitucional imposto pelo art. 129, da Constituição da República, escolhemos a segunda opção, impetrando o presente mandado de injunção coletivo.

São estes os fatos que delineiam a presente questão que se apresenta ao Juízo. Passa-se agora ao embasamento jurídico, que por certo lastreará a concessão das medidas pretendidas.

3. DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS

De proêmio, cumpre trazer à baila a definição feita pela doutrina a respeito das hipóteses de cabimento do mandado de injunção. Nesse sentido⁶,

O mandado de injunção tem previsão no art. 5º, LXXI, da CF, sendo entendimento doutrinário no sentido da originalidade do instituto no sistema jurídico, ainda que tenha sofrido algumas influências do direito inglês, norte-americano e português. Nos termos do dispositivo constitucional mencionado, *o mandado de injunção será cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Como se pode notar da previsão constitucional, são dois os elementos essenciais para a aplicação da ação constitucional ora analisada: (a) omissão legislativa, e (b) natureza do direito sacrificado em razão de tal omissão.

No tocante ao primeiro elemento, é imprescindível que a omissão legislativa efetivamente acarrete o sacrifício dos direitos tutelados

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., grifamos.

pelo mandado de injunção, porque, sendo esses direitos tutelados mesmo diante de tal omissão, será incabível essa ação constitucional. Em razão disso, tratando-se de norma constitucional autoaplicável, a eventual omissão legislativa em sua regulamentação não será o suficiente para admitir-se o mandado de injunção.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a omissão que legitima o mandado de injunção é tanto a omissão absoluta, representada pela ausência de norma regulamentadora, como também a omissão parcial, na qual se considera a atividade legislativa imperfeita ou insatisfatória. Indispensável, entretanto, que haja uma superação excessiva de prazo razoável para legislar, a ponto de configurar o retardamento como abuso do direito legal de não legislar.

Quanto ao segundo elemento indicado, não se justifica a proteção por meio do mandado de segurança de qualquer espécie de direito que venha a ser sacrificado em razão da omissão legislativa. Nos termos do texto da lei, a ação constitucional se presta a tornar efetiva somente a proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Dos elementos identificadores do cabimento do mandado de injunção, logo se percebe que a ação constitucional só existe em razão da injustificável omissão de nossos legisladores infraconstitucionais em regulamentar os direitos e prerrogativas previstos no art. 5º, LXXI, da CF. Pobre do país, e de seus judiados cidadãos, cujo legislativo se preocupa mais com benesses em proveito próprio do que com a tutela dos que dele necessitam.

De qualquer forma, como bem demonstrado pela melhor doutrina, o mandado de injunção é marcado pela transitoriedade, porque só se justificará enquanto perdurar a omissão legislativa. A partir do momento em que o Poder Legislativo cumprir seu papel, o mandado de injunção perderá sua função no sistema. Essa interessante característica, inclusive, leva à ineficácia da decisão proferida em mandado de injunção na hipótese de, supervenientemente à sua prolação, o Poder Legislativo sair de sua letargia e criar norma regulamentadora.

Como visto, o êxito do mandado de injunção depende de que seja demonstrado que os titulares do direito em jogo estejam sendo privados de sua fruição por conta da não edição do ato em questão. Além disso, deve o direito em apreço ser atinente “à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Com efeito, a questão trazida à apreciação do Juízo se insere no conjunto de prerrogativas inerentes à efetiva e completa fruição dos direitos de cidadania. Afinal, a exigência de estudo de impacto de vizinhança possui arrimo legal nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade, e existe como forma de contribuição à melhoria do meio ambiente urbano, favorecendo à própria convivência em sociedade.

A esse propósito, confira-se a norma federal, que traz a obrigação legislativa em comento aos Municípios (grifos nossos).

Art. 36 Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37 O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I – adensamento populacional;
- II – equipamentos urbanos e comunitários;
- III – uso e ocupação do solo;
- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38 A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

Por sinal, é pertinente lembrar que “a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”⁷.

Ora, é evidente que a manutenção da situação como está priva os munícipes de São Pedro da Aldeia de um direito básico à cidadania, consistente em uma vida

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 14.

comum o mais pacífica e ordeira que seja possível. Há, pois, inegável vilipêndio a tão comezinhos direitos, atingindo uma coletividade inidentificável.

Afinal, é importante ter em mente a relevância do Estudo de Impacto de Vizinhança – algo que, como se vê pelo que consta no Inquérito Civil em anexo, vem sendo desprezado pela Administração Pública Municipal. Para tanto, cumpre mais uma vez invocar a doutrina, sendo preciosa a transcrição das lições de José dos Santos Carvalho Filho⁸.

SENTIDO – O estudo prévio de impacto de vizinhança – com a abreviatura EIV, constante no Estatuto – é, antes de mais nada, um instrumento de política urbana. Seu objetivo busca conciliar interesses geralmente conflitantes, que são, de um lado, o interesse na realização de construções e, de outro, o interesse daqueles que, por sua proximidade, são suscetíveis de sofrer os efeitos daquelas.

A fonte legal do instrumento está nos arts. 36 a 38 do Estatuto.

A denominação de “estudo” não reflete com exatidão as linhas dessa figura urbanística. Na verdade, os responsáveis por sua elaboração não se limitam a um estudo teórico, como poderia parecer à primeira vista, mas, ao contrário, examinam numerosos aspectos que podem resultar de determinada construção, inspecionam locais, procedem a pesquisas e estatísticas e até mesmo, quando necessário, ouvem as comunidades interessadas, seja através dos indivíduos que as compõem, seja por meio de eventuais associações representativas.

No que concerne a esse instrumento, é forçoso reconhecer que, salvo raras exceções, nunca houve grande preocupação das autoridades administrativas em proteger a vizinhança contra obras e empreendimentos devastadores, quase todos geralmente a cargo de grandes e poderosos grupos empresariais. O que se observa em alguns locais – e cada um de nós conhece ao menos um deles – é que certos empreendimentos guardam inteira e total incompatibilidade com o uso de imóveis vizinhos, residenciais e comerciais. Ao momento de sua execução, não tinham os indivíduos qualquer instrumento de tutela dos direitos de vizinhança, do que resultou para eles gravames no mais das vezes irreversíveis.

Portanto, quando o intérprete e o aplicador da lei se detiverem na análise do estudo de impacto de vizinhança, não poderão perder de vista o sentido eminentemente social desse indicador, ou seja, a proteção dos vizinhos que se alojam em locais contíguos ou próximos a obras e empreendimentos.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 246-247, grifamos.

E mais. Tal instrumento tem inteira adequação a algumas das diretrizes de política urbana fixadas no próprio Estatuto, como a garantia do direito a cidades sustentáveis (art. 2º, I), a gestão democrática da cidade (art. 2º, II) e o planejamento do desenvolvimento das cidades (art. 2º, IV), isso sem contar – vale a pena lembrar – que um dos objetivos básicos da política urbana consiste no desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 2º, *caput*), com a nítida demonstração de que se faz necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses econômico e social.

Resta demonstrado, portanto, de que maneira a ausência de uma legislação regulamentadora do estudo de impacto de vizinhança no Município compromete, diretamente, a fruição da cidadania pela população local.

De mais a mais, cumpre salientar que, ante a inexistência de lei regulamentadora do estudo de impacto de vizinhança, cria-se a falaciosa impressão de que seria possível ao Município ignorar a norma prevista na Lei nº 10.257/2001 e não exigir o estudo em comento. Afinal, “se o município não editar a lei municipal a que se refere o artigo 36 do Estatuto da Cidade, não há como exigir-se o estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV)”⁹.

Em corolário, impende ressaltar que “a função da lei municipal, como se pode verificar, é de todo relevante no caso: sem ela não pode ser exigido o cumprimento dessa limitação administrativa. Assim, funciona como condição de implementação efetiva desse mecanismo”¹⁰.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Ministério Público requer a V. Exa.:

- a. Seja a Câmara dos Vereadores notificada quanto ao teor da presente inicial, na forma do art. 7º, I, da Lei nº 12.016/2009;
- b. Seja a Procuradoria da Câmara dos Vereadores notificada quanto à existência do mandado de injunção coletivo em apreço, como determina o art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009;
- c. Após o escoamento do prazo de 10 (dez) dias¹¹, seja concedida a injunção, de modo a determinar a mora do Poder Legislativo Municipal de São Pedro da Aldeia quanto à edição de lei regulamentadora do Estudo de Impacto de Vizinhança, fixando-se prazo de 150 (cento e cinquenta) dias para criação do ato.

⁹ OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. *Da não aplicabilidade do art. 36 do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) – Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV)*. Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/eiv.pdf>>, acessado em: 04 maio 2016.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.*, p. 248.

¹¹ Observando-se, quanto a este ponto, o teor do art. 183, §2º, do CPC/2015.

Considerando a adoção do rito próprio ao Mandado de Segurança, o *Parquet* informa que não haverá produção probatória adicional, mormente pelo fato de que todos os elementos necessários à cognição estão presentes no bojo do Inquérito Civil nº 02-030/2016, em anexo.

Em atenção ao que consta no art. 319, VII, do CPC/2015, *ad cautelam*, o Ministério Público entende ser incompatível com o rito adotado a designação de audiência de conciliação, razão pela qual se manifesta contrariamente ao ato.

A causa possui valor absolutamente inestimável. Assim, para efeitos exclusivamente fiscais, atribui-se à mesma o valor de R\$1.000,00 (hum mil reais).

Araruama, 12 de maio de 2016.

BRUNO RINALDI BOTELHO

Promotor de Justiça

Parecer ministerial em processo judicial. Arguição de inconstitucionalidade. Art. 8º da Resolução nº 03/2011, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça, que impõe ao Ministério Público o múnus processual de arcar com o pagamento das perícias por ele requeridas, sempre que atuar como órgão agente.

Emerson Garcia*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000467-35.2011.8.19.0051

Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto

Arguente: Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça

Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Arguição de inconstitucionalidade. Art. 8º da Resolução nº 03/2011, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça, que impõe ao Ministério Público o múnus processual de arcar com o pagamento das perícias por ele requeridas, sempre que atuar como órgão agente.

A disciplina dos deveres das partes em litígio, perante o Poder Judiciário, é matéria de estrita natureza processual. Infração à competência privativa da União para legislar sobre a temática (CR/1988, art. 22, I).

Obstáculo processual, instituído por órgão incompetente, que compromete a realização, pelo Ministério Público, do múnus constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis (CR/1988, art. 127, *caput*).

Face à natureza dos interesses tutelados pelo Ministério Público, que também atua em prol dos hipossuficientes, a restrição imposta pela norma impugnada termina por afrontar a garantia de acesso à justiça (CR/1988, art. 5º, XXXV).

* 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).

Criação de despesa pública sem a indicação da correlata fonte de custeio. Afronta ao princípio orçamentário, em todas as suas nuances, com especial ênfase à regra do art. 167, I, da Constituição da República. Disciplina normativa diversa daquela estabelecida pelo ente federado competente, a União, e em confronto com a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade configurada.

E. ÓRGÃO ESPECIAL,

I

1. Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Egrégia Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça, conforme acórdão de fls. 70-74, nos autos da Apelação Cível nº 0000467-35.2011.8.19.0051, em face do art. 8º da Resolução nº 03/2011 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que tem o seguinte teor:

O CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,

(...)

RESOLVE:

Estabelecer e consolidar normas, orientações e procedimentos para a execução das atribuições da Divisão de Perícias Judiciais, principalmente no que se refere à realização de perícia em processos judiciais com deferimento da assistência judiciária gratuita e processos inerentes a Acidente de Trabalho.

(...)

Art. 8º Na condição de parte, atuando na demanda como órgão agente, ao Ministério Público compete o pagamento das perícias por ele requeridas, na forma do art. 81, CPC.

2. Visualizando aparente violação ao disposto nos arts. 5º, XXXV, e 127 da Constituição da República, tal qual suscitado pelo Ministério Público em seu parecer de fls. 50-63, a Décima Nona Câmara Cível deliberou pela remessa dos autos ao Órgão Especial, prestigiando-se, desse modo, a reserva de plenário.

II

3. Considerando que a pretensão formulada no Recurso de Apelação que deu origem à presente Arguição de Inconstitucionalidade encontra-se lastreada

na inconstitucionalidade do referido preceito normativo, é inegável a conclusão de que o exame de sua constitucionalidade, por esse E. Órgão Especial, consubstancia questão prejudicial à apreciação do mérito propriamente dito.

4. Na medida em que plenamente plausível a inconstitucionalidade identificada pelo Suscitante, a arguição, em reverência ao princípio da reserva de plenário (CR/1988, art. 97), deve ser conhecida por esse E. Órgão Especial.

5. Consectário lógico da forma federativa de Estado adotada no Brasil, era imperativo que, além das atribuições de ordem material, também a competência legislativa dos distintos entes federados fosse disciplinada pela Constituição da República. Nesse contexto, é divisada a existência de competências privativas e de competências comuns.

6. Consoante o art. 22 da Constituição da República, à União compete legislar, de forma privativa, sobre as matérias ali elencadas, dentre elas o direito processual (inciso I).

7. A partir dessa visão simplificada da divisão de competências na Federação brasileira, já é possível antecipar que o art. 8º da Resolução nº 3/2011, do Egrégio Conselho da Magistratura, não obstante os louváveis propósitos que certamente motivaram a sua edição, não se ajusta ao sistema constitucional.

8. É factível que toda e qualquer disciplina normativa, afeta à qualidade das partes aptas a litigar em juízo e aos ônus processuais a que estão sujeitas, está inserida no âmbito do direito processual. Não é por outra razão que o Código de Processo Civil dedica toda uma seção à disciplina “das despesas e das multas”. Portanto, não pode o Conselho da Magistratura dispor sobre a matéria.

9. Além de incursionar em seara indevida, o Conselho da Magistratura, ao editar o ato ora considerado inconstitucional, afrontou a própria *ratio essendi* do múnus atribuído ao Ministério Público, que, a teor do art. 127, *caput*, da Constituição de 1988, é “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Ao opor um óbice financeiro à atuação da Instituição, que defende interesses alheios, não próprios, certamente comprometeu a realização do seu múnus constitucional. Nesse particular, o Ministério Público apresenta uma distinção substancial em relação à Fazenda Pública, que, ordinariamente, comparece em juízo para defender os seus próprios interesses, não interesses alheios, máxime de natureza despersonalizada.

10. Note-se, ainda, que, em razão da própria natureza dos interesses tutelados pelo Ministério Público, que também atua em prol dos hipossuficientes, a restrição imposta pela norma impugnada termina por afrontar a garantia de acesso à justiça, tal qual insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Esse aspecto torna-se particularmente visível em relação aos portadores de deficiência mental, em relação aos quais a atuação do Ministério Público se desenvolve em caráter eminentemente subsidiário, quando caracterizado o seu total desamparo (vide CPC, art. 1178, II).

11. Ainda no âmbito da legislação infraconstitucional e especificamente em relação à matéria versada no processo principal, observa-se que a Lei nº 10.741/2003, que veiculou o Estatuto do Idoso, é de todo infensa ao recolhimento preconizado pela norma analisada. Eis o teor do seu art. 88, *verbis*:

Art. 88 Nas ações de que trata este capítulo, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.

Parágrafo único. Não se imporá sucumbência ao Ministério Público.

12. Como se percebe da análise da sistemática traçada pelo ente federado competente, vale dizer, a União, o Ministério Público não deve adiantar os honorários periciais ou, mesmo, ser condenado nos ônus da sucumbência. Em outras palavras, não deve arcar com as despesas processuais nem *a priori* nem *a posteriori*.

13. A respeito da impossibilidade de o Ministério Público ser instado a adiantar honorários periciais sempre que esteja na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é mais que caudalosa. Vide: REsp. nº 864.314, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/08/2010, DJe de 10/09/2010; AgRg no REsp. nº 1.083.170, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 13/04/2010, DJe de 29/04/2010; EREsp. nº 981.949, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24/02/2010, DJe de 15/08/2011; REsp. nº 891.743, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 13/10/2009, DJe de 04/11/2009.

14. A Resolução nº 3/2011, do Conselho da Magistratura, ao criar uma despesa processual para o Ministério Público à margem da legislação estabelecida pela União, ainda viola o princípio orçamentário em todas as suas nuances, com especial ênfase ao art. 167, I, da Constituição da República, que veda “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”.

III

15. O parecer, assim, é no sentido de que seja reconhecida a inconstitucionalidade formal e material do art. 8º da Resolução nº 3/2011, do E. Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça.

Rio de Janeiro, 9 de dezembro 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

Contrarrrazões em Agravo de Instrumento. Visa manter decisão judicial que declarou suspensos os efeitos de reconhecimento do FUNBIO como OSCIP e que proibiu o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassar ao FUNBIO os recursos advindos de todos os empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol.

Fabrício Rocha Bastos*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PEDRO DA ALDEIA – RJ

Processo nº 0004121-47.2013.8.19.0055

CONTRARRAZÕES DE RECURSO

Agravante: Fundo Brasileiro para a Biodiversidade – FUNBIO

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravo de Instrumento nº: 0048605-21.2013.8.19.0000

11ª Câmara Cível

Proc. Originário nº: 0004121-47.2013.8.19.0055

Origem: 2ª Vara Cível da Comarca de São Pedro da Aldeia

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo promotor de justiça que subscreve, no uso das atribuições legais da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama, vem apresentar **CONTRARRAZÕES AO AGRAVO DE INSTRUMENTO** (fls. 506/571) nos autos do processo em epígrafe, fazendo-o nos termos dos argumentos de fato e de direito a seguir expostos.

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDIA CÂMARA CÍVEL
DD. PROCURADOR DE JUSTIÇA

1. DO BREVE RESUMO DA DEMANDA

O FUNBIO – Fundo Brasileiro para a Biodiversidade interpõe o presente recurso de agravo de instrumento buscando a reforma da r. decisão de fls. 388/413, proferida

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós-Graduação do IBMEC, EMERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Emerj, Amperj, Femperj, Curso Fórum, do Portal F3/RJ e Supremo –MG.

pelo Juízo *a quo*, para, em síntese: (i) declarar suspensos, no âmbito da competência territorial – funcional deste juízo, os efeitos de reconhecimento do FUNBIO como OSCIP; (ii) proibir o INEA e o Estado do Rio de Janeiro de repassar, e ao FUNBIO de gerenciar, os recursos advindos de todos os empreendimentos localizados nos Municípios abrangidos pelo Parque Estadual da Costa do Sol (São Pedro da Aldeia, Saquarema, Araruama, Cabo Frio, Arraial do Cabo e Armação de Búzios), ou destinados a qualquer outra unidade de preservação ambiental localizada nos mesmos Municípios. Contudo, ficam o Estado do Rio de Janeiro autorizados a contratar, mediante prévia licitação, os serviços e obras descritos no Decreto nº 4340, observando-se as prioridades contidas no seu artigo 33, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 por cada ato em desacordo com esta decisão, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (iii) determinar que o Réu FUNBIO deposite junto aos cofres públicos, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, em conta a ser indicada pelo INEA e/ou Estado do Rio de Janeiro, todos os valores que estejam em seu poder, desde o ajuizamento da presente demanda, referentes aos recursos destinados ao Parque Estadual Costa do Sol, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC, enquanto não houver comprovação do cumprimento da obrigação, e, para tanto, deverá apresentar nos autos demonstrativo contábil dos valores recebidos e prova das transferências bancárias; (iv) determinar que os Réus, por meio de seus representantes legais, tragam os autos, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar da intimação, demonstrativo de todos os recursos indicados no item 02 repassados para entidades privadas nos últimos 12 (doze) meses, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (v) determinar que o Estado do Rio de Janeiro e o INEA se abstenham de promover contratação sem prévia licitação, direta ou indiretamente, ou por meio do FUNBIO, de quaisquer empresas ou entidades privadas para execução das atividades de proteção ao meio ambiente nos Municípios indicados no item 02 ou com recursos da compensação ambiental, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 por cada ato praticado em desacordo com esta decisão, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC; (vi) determinar que o Estado do Rio de Janeiro, o INEA e o FUNBIO submetam ao Tribunal de Contas do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, o detalhamento de todas as contratações já realizadas pela FUNBIO ou qualquer outra entidade, para a finalidade descrita no art. 36 da Lei Federal nº 9985/2000, nas condições indicadas no item 02, desde a assinatura dos respectivos convênios, devendo no prazo em questão juntar aos autos o protocolo junto com a relação de documentos entregues àquela Corte, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00, nos moldes do CPC, sem prejuízo da multa prevista no CPC.

Na referida ação, o Ministério Público formula ao Juízo *a quo* os seguintes pedidos: (i) confirmar em definitivo, condenando os réus às obrigações descritas nos itens *b a f* do item 5 desta inicial; (ii) declarar definitivamente a perda da qualificação do FUNBIO como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos dos arts. 7º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e 9º da Lei Estadual nº 5.501, de 07 de julho de 2009; (iii) declarar nulos os Convênios 003/09 e s/n de 1 abril de 2010, com todos os seus aditivos, celebrados entre os réus.

O agravante se insurge contra o deferimento da liminar de antecipação dos efeitos da tutela, em síntese, com base nos seguintes argumentos: (i) impossibilidade da concessão de tutela antecipada; (ii) não se trata de termo de parceria; (iii) descabimento de prévia licitação para celebração de convênio; (iv) não se trata de verba pública; (v) ausência de plausibilidade das alegações autorais.

Conforme se demonstra a seguir, os argumentos do recurso são improcedentes, razão pela qual o Ministério Público postula a manutenção da r. decisão, em seu inteiro teor.

2. MÉRITO

As matérias de mérito ventiladas pelo agravante deverão ser rejeitadas, *in totum*, conforme adiante exposto.

2.1. O CONVÊNIO FIRMADO COM O FUNBIO É NULO, POR VIOLAR AS REGRAS DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 E DO DECRETO Nº 6.170, DE 25 DE JULHO DE 2007 – CONTRATO SOB AS VESTES DE CONVÊNIO, SEM LICITAÇÃO E, ASSIM, SEM GARANTIA DE ISONOMIA E ECONOMICIDADE

É ilegal a transferência a uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), por convênio, da gestão de recursos públicos mediante remuneração variável, sem licitação ou procedimento com todas as garantias formais e materiais do processo licitatório, que garantam isonomia e economicidade.

As OSCIP nasceram com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Mas antes mesmo disso, a Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, em seu art. 116, já previa a possibilidade de celebração de convênios entre órgãos da Administração Pública. O Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamentando esse dispositivo legal, previu a possibilidade de que os convênios também fossem celebrados com entidades privadas, sem fins lucrativos – não necessariamente uma OSCIP –, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco.

No entanto, com a Lei nº 9.790/1999, o legislador criou um instrumento específico para reger a cooperação entre entidades públicas e OSCIP: o termo de parceria. Apesar de pouca ou nenhuma distinção entre o convênio e o termo de parceria, os convênios continuaram, aqui ou ali, sendo firmados entre órgãos da administração e as OSCIP. De todo modo, um fato permaneceu certo: nem o termo de parceria, nem o convênio, se confundem com o contrato, onde há partes com interesses econômicos contrapostos, ao contrário da convergência de interesses para a atividade do interesse público.

Embora tênue a distinção, entende-se que no contrato há contraprestação, enquanto no convênio e no termo de parceria há repasse de recursos em prol de uma finalidade convergente, de interesse público. No entanto, como pode haver, tanto no convênio quanto no termo de parceria, emprego ou transferência de recursos

públicos, logo surgiram as preocupações decorrentes de possíveis distanciamentos indevidos de princípios basilares da Administração Pública, como a economicidade, a eficiência e a impessoalidade com relação ao destino daqueles recursos repassados.

Assim é que em 2011 foi editado o Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, determinando nova redação tanto ao Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 (termos de parceria), quanto ao Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999 (convênios), tornando inequívoco o que já decorria do próprio sistema constitucional e legal. Deixou-se expresso que, “[a] celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos que tornem mais eficaz o objeto do ajuste” e “[a] escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria”.

Era a forma pela qual se deixava claro que, também quanto aos convênios e termos de parceria, deveria vigorar a mesma razão normativa explicitada no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Assim como em toda licitação, também para os convênios e termos de parceria se deve, “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração ... de acordo com os princípios básicos [da administração]..., da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Para isso, o concurso de projetos para os termos de parceria deverá ter ampla publicidade e edital contendo “com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria” (arts. 23, §1º 24), além de critérios de seleção e julgamentos das propostas, valor máximo a ser desembolsado, e uma série de outros requisitos (art. 25). Estipularam-se, ainda, os critérios mínimos de julgamento, levando em conta seus custos, mérito intrínseco do projeto etc (art. 27). E quanto aos convênios, quando celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, ainda maior razão para que as garantias procedimentais da licitação estejam presentes no chamamento público a que alude o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999 c/c art. 116 da Lei nº 8.666/1993 (“[a]plicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”).

Ou seja, é certo dizer que celebração de convênios ou termos de parcerias com as OSCIP – presentes as notas características que definem uma OSCIP e um convênio, ou termo de parceria – impescinde de processo seletivo próprio, com todas as balizas e os princípios de verdadeira licitação, de modo a garantir a igualdade de oportunidades quanto às OSCIP interessadas e a garantia das melhores condições financeiras e de eficiência para o Poder Público. Não é o que ocorre na hipótese dos autos, o que já torna os Convênios firmados entre Estado, INEA e FUNBIO, por si só, ilegais.

IMPENDE SALIENTAR, POR FIM, QUE O PRIMEIRO E SEGUNDO RÉUS, APESAR DE NEGAREM PEREMPTORIAMENTE A QUALIFICAÇÃO DO FUNBIO COMO OSCIP, AFIRMAM, EM NÍTIDA CONTRADIÇÃO, ÀS FLS. 444 E 631 DOS AUTOS, QUE A SOCIEDADE EM QUESTÃO ESTÁ CREDENCIADA NO ÂMBITO FEDERAL COMO OSCIP, CONFORME CERTIDÃO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

2.2. DO TERMO DE PARCERIA COM ROUPAGEM DE CONVÊNIO

A Lei Estadual que estabelece o regime das OSCIP, nº 5.501, de 07 de julho de 2009, e que em sua maior parte repete o quadro normativo mínimo da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, determina em seu art. 14 ser “vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos termos de parceria, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam: realização de despesas a título de taxa ou comissão de administração, de gerência ou similar.” A razão não é difícil de perceber: havendo esses elementos no convênio ou termo de parceria, estar-se-ia diante de contrato e não de convênio ou termo de parceria.

Prova disso é o fato reconhecido pelo próprio FUNBIO, de que a celebração do “convênio” se deu após a contratação anterior com Estado, com dispensa de licitação, para gerenciar os recursos da primeira compensação ambiental paga pela ThyssenKrupp CSA, em 2007 (bit.ly/11Rxhek).

E ainda que a finalidade última do convênio em questão fosse, de fato, relacionada a interesses convergentes, o convênio perde essa natureza de instrumento do interesse público primário quando contém taxa de administração ou gerência. Nesses casos, o interesse da OSCIP conveniente ou parceira é, em primeiro lugar, remuneratório: o recebimento das verbas decorrentes da taxa de administração ou gerência. Independentemente de seu produto ser ou não distribuído como lucro entre os dirigentes e empregados da OSCIP.

Ocorre que, no caso desta ação, ao FUNBIO foi permitido, por força dos Convênios, descontar do valor da compensação por ele recebido valores relativos a uma suposta “recuperação de custos”. Mas não custa ver que, mudadas as palavras, a essência permanece a mesma: trata-se de remuneração pelos serviços prestados de gerenciamento dos recursos advindos das compensações ambientais previstas pela LSNUC, ou seja, autêntica comissão de gerência – o que é vedado pela lei mencionada.

Assim, afirma o Convênio, no parágrafo segundo da cláusula quinta, que “ao FUNBIO será permitido, semestralmente, deduzir [d]os recursos de compensação ambiental sob sua gestão os custos relativos à gestão e à execução dos mesmos, em conformidade com a planilha de custos demonstrativa anexa a este convênio (ANEXO 2), e somente após autorização expressa da SEA”. Isso tudo apesar de o próprio Convênio dizer ser proibida a cobrança de “taxa ou comissão de administração, gerência ou similar” (Cláusula décima).

Para calcular ou apontar diretrizes para essa “recuperação de custos de gestão”, no Anexo 2 do Convênio (bit.ly/11B71VI), há uma verdadeira tabela de valores cobrados

pelo FUNBIO dividida por serviços, projetos, sendo os valores variáveis, estipulados em hora/homem, levado em conta categorias de valor de cada projeto. São as atividades: (i) gerenciamento de projetos (de R\$ 5.991,67 a R\$ 52.427,12 mensais); (ii) compras e contratações (de R\$ 2.874,00 a R\$ 25.298,94); (iii) “financeiro” (de R\$ 1.712,35 a R\$ 14.983,05 mensais); (iv) tec. Informação (de R\$ 1.581,14 a 5.692,02 mensais); (v) jurídico e supervisão (de R\$ 2.229,46 a R\$ 18.950,40), formando o total semestral, por projeto, de R\$ 132.613 a R\$ 838.741,45.

Mas tornando verdadeiramente variáveis os tais “custos”, o mesmo Anexo do Convênio registra as seguintes observações quanto aos valores cobrados pelo FUNBIO: “Obs 2. Custos variáveis, com exceção das horas/pessoa, terão o valor estabelecido no momento da contratação, podendo variar um pouco em relação à tabela acima; Obs 3. Outros serviços e consultorias deverão ser negociados com base nos preços de mercado; Obs. 4. O valor dos consultores *ad hoc* é proporcional ao tipo de serviço e qualificação dos profissionais, sendo negociados caso a caso com base nos preços de mercado.”

Ou seja: já que tudo o que o FUNBIO faz é gerenciar os recursos recebidos a título de compensação ambiental, para manutenção ou criação de unidades de conservação, é evidente que o valor cobrado para remunerar seus funcionários ou “consultores externos”, invocando-se ou não a expressão “taxa de administração ou gerência”, possui justamente essa natureza, isto é, de algo proibido pela norma do art. 14 da Lei Estadual nº 5.501, de 07 de julho de 2009 (“realização de despesas a título de taxa ou comissão de administração, de gerência ou similar” – grifos acrescidos).

Ademais, por ser um preço fixo por horas de trabalho, independentemente da comprovação de horas trabalhadas, a verba quando paga configura “excedente operacional”, cuja distribuição aos empregados configura finalidade lucrativa, segundo o §1º do art. 1º da Lei nº 9.790/1999 (“[p]ara os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” – grifos acrescidos).

Por fim, conforme demonstrado no item 3.1.3 desta ação, o balanço patrimonial do FUNBIO registra receita com título de “taxa de administração”. Ao menos em algum lugar a verdade é assumida.

Em outras palavras, a ONG FUNBIO opera como uma consultoria privada que, embora não distribua lucros, auferir rendimentos pelos serviços prestados como um particular ou empresa com fins lucrativos, que cobra seus serviços por horas de trabalho. Isso sem falar nos ocultos “custos variáveis” e nos “consultores externos” que o Convênio prevê, sem definir. Por isso, o que é chamado de convênio tem, na verdade, natureza jurídica de contrato, para o qual haveria e há concorrência de mercado (quem não quer prestar serviços de gerenciamento de recursos por R\$ 838.741,45 semestrais?), sendo possível e devida a prévia licitação, que nunca existiu.

Sim, o serviço contratado (a gestão de recursos para a criação e manutenção de unidades de conservação) tem uma aplicação de interesse público, como toda contratação pela Administração. Mas antes de uma finalidade pública primária e convergente, há o interesse pecuniário da FUNBIO em receber os valores que remuneram seu quadro de empregadores, diretores etc. Basta ver que, não fosse a remuneração paga ao FUNBIO, a chamada “recuperação de custos”, o FUNBIO não cumpriria as obrigações que lhe cabem por conta do Convênio. Ou seja, o FUNBIO não celebrou o Convênio por um interesse convergente com o do Estado, mas antes disso, pelo interesse de ser remunerado pelas próprias verbas a ele repassadas para gerenciar.

E por envolver valor variável e incerto, como ser possível o cumprimento da regra transcrita do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, exigindo ser o convênio precedido de chamamento público, com a finalidade “da seleção de projetos que tornem mais eficaz o objeto do ajuste”? Como avaliar a eficácia do projeto em relação ao objeto do ajuste e permitir concorrência, se o seu custo não é previamente conhecido e definido, com exatidão? Com isso, viola-se de igual maneira a regra do art. 4º, § 1º, inciso V, do Decreto Estadual nº 41.528, de 31 de outubro de 2008, que regulamenta a celebração de convênios no âmbito estadual, exigindo como um de requisitos de validade “planilha de custo detalhada, acompanhada de justificativa detalhada dos preços obtidos, preferencialmente através de pesquisa, no mínimo, junto a três fornecedores”.

2.3. INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Ao que tudo indica, não há controle pelo Tribunal de Contas das contas do FUNBIO e das contratações por ele realizadas, com o uso dos recursos advindos da compensação ambiental criada pela Lei do SNUC. A levar em conta o parecer jurídico que deu origem ao Convênio, considerando essa verba como “privada” (v. críticas a seguir), não está havendo o controle oficial de contas pelo Tribunal de Contas do Estado.

Balanço

Em seu site, o FUNBIO divulga seu balanço patrimonial anual. Pelo balanço patrimonial em 31 de dezembro de 2012 (bit.ly/147W3JV), o FUNBIO tinha em caixa R\$ 325.705.000,00, tendo auferido no campo de receitas operacionais o valor de R\$ 6.729.000,00 a título de “reembolso de projetos” e R\$ 1.849.000,00 de “taxa de administração”, e R\$ 694.000,00 de “serviços prestados”. Daqueles 325 milhões, o documento indica que R\$ 202.195.000,00 dizem respeito a aplicações financeiras no país e que R\$ 109.209.000,00 estão aplicados no exterior. O documento informa que até o fim de 2012, o FUNBIO recebeu apenas no Estado do Rio de Janeiro R\$ 229 milhões, por meio de termos de compromisso de compensação ambiental – referentes à Lei do SNUC. O documento indica, ainda, haver um saldo de fornecedor referente à “aquisição de caminhão-tanque abastecedor de aeronaves para o projeto FMA-Comperj da empresa RPC”, sabe-se lá como isso pode ter relação com apoio ou manutenção de unidade de conservação.

Prestação de contas

Como prestações de contas, o FUNBIO disponibiliza em seu site cópia de “Relatórios de Demonstração de Origem e Aplicação de Recursos” (bit.ly/12YljHh), assinados pelo Subsecretário de Estado do Ambiente Luiz Firmino, pelo Diretor de Biodiversidade André Ilha, e por Lucas Moura. No documento, há relação do emprego de valores para diversos projetos, muitos deles para planos de manejo de unidades de conservação. Além dos valores, muitos deles na cifra de milhões de reais, não há qualquer documento comprobatório de despesa. No entanto, os signatários afirmam, no documento, que “[o]bservamos total consistência e integridade na documentação comprobatória apresentada, incluindo além da demonstração de execução das despesas, a conciliação bancária, cujos saldos resultantes, em nossa análise, guardam paridade com a presente prestação de contas no que se refere apenas à execução das despesas e seu controle”.

Por tudo isso, perdendo o FUNBIO a característica de OSCIP e o convênio a natureza de convênio, se está diante de autêntica contratação para prestação de serviços, para a qual era imprescindível prévia licitação e controle de contas pelo Tribunal de Contas do Estado. Sua ausência torna o convênio, por mais essa razão, nulo. No sentido da relação entre as verbas da compensação ambiental e o patrimônio público, orientando a necessidade de controle de contas pelo TCE, *cf.* parecer do Ministério Público junto ao TCE no processo nº 104.757-4/09 (bit.ly/12RYwvb) (“O caráter transindividual do meio ambiente transfere ao montante pago a título de compensação ambiental uma natureza *sui generis*, específica e permeada de relevância social que não apenas permite mas impõe o controle pelas Cortes de Contas.”).

2.4 DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PELO FUNBIO

Além das nulidades decorrentes da violação pelo FUNBIO da natureza jurídica de OSCIP e da dispensa ilegal de licitação na celebração do “Convênio” (*rectius*: contrato) entre o Estado, o INEA e o FUNBIO, nunca houve fundamento legal para a dispensa de licitação com relação às contratações feitas pelo próprio FUNBIO, para o dispêndio dos recursos recebidos por força do “Convênio”, isto é, quanto ao recebimento e gasto dos valores em dinheiro pagos por empreendedores do Estado do Rio de Janeiro, como cumprimento da obrigação legal do art. 36 da Lei do SNUC.

A documentação colhida durante as investigações revelou os valores pagos diretamente por empreendedores de projetos sujeitos a EIA e ao FUNBIO, após a assinatura dos Convênios acima indicados. *Cf.* Relatório de Cumprimento do Convênio 003/2009 (período de 30 de março de 2010 a 30 de setembro de 2012 – bit.ly/19W0s94). As cifras envolvidas são, de fato, milionárias.

Os valores individuais repassados diretamente ao FUNBIO, por empreendimento, chegam a, por exemplo, R\$ 38.687.254,05 (Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda). No total comunicado no aludido Relatório, os valores recebidos até 30 de setembro de 2012 chegam a R\$ 126.897.475,25 (cento e vinte e seis milhões oitocentos

e noventa e sete mil quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), somado ao rendimento financeiro de R\$ 9.665.638,39, relativo às aplicações financeiras daquele valor. Já o montante recebido para a manutenção de unidades de conservação foi de R\$ 19.099.464,85.

Com relação à destinação dada pelo FUNBIO aos recursos recebidos diretamente pelos empreendedores, estão, por exemplo, “Projeto para conclusão das obras de infraestrutura... na Estação Estadual Ecológica do Paraíso” (R\$ 1.068.780,94), “obras para implantação da infraestrutura física da Sede do Parque Estadual da Serra da Concórdia Valença” (R\$ 4.260.000,00), “Obras para implantação de infraestrutura física e sinalização da sede Teresópolis Parque Estadual dos Três Picos” (R\$ 10.740.000,00) e “Ações prioritárias para a implantação do Parque Estadual da Costa do Sol” (R\$ 1.696.575,00) etc. Estranhamente, na maior parte dos projetos, consta do Relatório como instituição responsável por cada um deles o próprio INEA e a SEA.

O Parque Estadual da Costa do Sol

Uma das mais recentes contratações do FUNBIO com os recursos do art. 36 da Lei do SNUC diz respeito ao Parque Estadual da Costa do Sol. Na página do FUNBIO na internet, anuncia-se (bit.ly/14IGqim) a contratação de consultoria para a elaboração do plano de manejo do Parque Estadual da Costa do Sol, por R\$ 1.372.800,00. Para participar do “processo de seleção”, informa o site, basta enviar manifestação de interesse, acompanhado de “material que demonstre sua qualificação para desempenhar os serviços, comprovação de capacidade técnica, portfólio, ou outros documentos que julguem importantes na apresentação de suas empresas”. Apenas isso.

Não se sabe se R\$ 1.372.800,00 é o valor de mercado para aquela contratação, assim como não se sabem quais as parcelas do serviço envolvido. Não se sabe, igualmente, se a todos os interessados foi dada a mesma oportunidade de participação, qual o critério de julgamento das propostas, e aí por diante. Mas uma coisa é sabida: que isso não é o mesmo, nem de longe, do que uma licitação conduzida por órgão da administração pública.

Como demonstrado, a gestão financeira de todos aqueles recursos advindos do cumprimento pecuniário da obrigação constante do art. 36 da Lei do SNUC foi, pelo Convênio, entregue ao FUNBIO, conforme item II da cláusula segunda. Assim como, um suposto dever de “realizar licitações para todos os projetos apresentados e aprovados, de acordo com as normas do Manual Operacional e integrante deste instrumento” (grifo acrescido), apesar de – a toda evidência – não se qualificar como órgão da administração pública ou mesmo um Fundo propriamente dito (nem mesmo como OSCIP, como visto).

De acordo com a cláusula quinta, parágrafo primeiro, “os repasses financeiros previstos no Instrumento Financeiro de Compensação Ambiental serão realizados diretamente pelo empreendedor, que se obriga ao pagamento da compensação ambiental, ao FUNBIO, para execução de projetos ou aplicação no Instrumento Financeiro Fiduciário, conforme indicado pela SEA.” Sua execução se dá mediante

direcionamento pelo próprio FUNBIO para a “execução de projetos de conservação de recursos naturais e de biodiversidade em unidades de conservação, seu entorno e outras áreas protegidas localizadas no Estado do Rio de Janeiro conforme determinado pela SEA” (cláusula sexta). Ou seja, o dinheiro sai do empreendedor, vai para conta do FUNBIO, que paga diretamente a quem quiser, sem licitação realizada por um ente da administração pública direta ou indireta, e sem prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado.

Mas prosseguindo na estranheza de se prever uma “licitação” por uma ONG, o Anexo 3 do Convênio (bit.ly/11FoWLv) apresenta cronograma típico de atividades do FUNBIO durante cada fase dos projetos financiados com recursos daquela compensação ambiental. Dentre as fases ou elementos dos projetos estão “Planos de Manejo”, “Obras e Reformas”, “Equipamentos”, “Veículos” e “Serviços”. No cronograma de cada uma dessas atividades, há previsão da fase “licitação”.

O Convênio foi aditivado por mais de uma vez, mantidas as Cláusulas acima (bit.ly/10AZI6d). Até que em 01 de abril de 2010, foi substituído por outro Convênio, sem número (bit.ly/11BGvfH), desta vez firmado entre o FUNBIO e o INEA. À frente do Convênio, pelo Estado, estava a mesma pessoa: a antes Secretária de Estado do Ambiente e agora Presidente do INEA, cargo por ela ocupado até hoje.

No entanto, a partir da nova versão do Convênio, ao invés da menção ao dever de licitação como sendo um dever do FUNBIO (alínea e, do item II, da cláusula segunda, do primeiro Convênio, que determinava competir ao FUNBIO “realizar licitações para todos os projetos apresentados e aprovados, de acordo com as normas do Manual Operacional anexo e integrante deste instrumento mantendo memória dos certos licitatórios”) houve substituição pelo dever do FUNBIO em “realizar editais, cartas convite e demais procedimentos de seleção em conformidade com o Manual Operacional do Instrumento Financeiro de Compensação Ambiental para contratação de prestação de serviços ou aquisição de bens” (alínea b do item II da Cláusula Segunda do novo Convênio).

Além disso, foi inserida no novo Convênio uma quarta cláusula, cujo parágrafo único dispõe: “[a]s contratações realizadas em decorrência dos projetos aprovados pela Câmara de Compensação Ambiental do Estado do Rio de Janeiro deverão seguir, sempre que possível, as orientações básicas de licitação, com a publicidade de editais, cartas convite, e justificativa por escrito nos casos de inexigibilidade”.

No documento intitulado “Manual de orientações gerais para o dia a dia do Mecanismo para Conservação da Biodiversidade do Estado do Rio de Janeiro” (bit.ly/17qr2XV), produzido pela própria FUNBIO, há no item 1.1 descrição dos “Métodos utilizados pelo FUNBIO para as aquisições de bens, contratações de serviços e consultorias”, prevendo os métodos de “shopping”, “pregão eletrônico”, “qualidade e preço”, “seleção de consultor individual”, “contratação ou aquisição direta”. Há, igualmente, um procedimento específico para contratação de consultorias e de obras (itens 4 e 5, respectivamente).

No final das contas, um mecanismo para dispensar a verdadeira licitação O FUNBIO, em verdade, operou por todos os anos de vigência do “Convênio” e ainda opera como uma entidade interposta entre o INEA/SEA e os diversos prestadores de serviços que ao escolhidos e contratados pelo próprio FUNBIO, por valores que chegam aos milhões de reais, para as atividades de manutenção e gestão das unidades de conservação no Estado do Rio de Janeiro.

O empreendedor interessado em licenciar seu projeto de larga escala (sujeito a Estudo de Impacto Ambiental) tem calculado pelo INEA o valor da compensação ambiental devida por força do art. 36 da Lei SNUC. Em seguida, assina com o próprio INEA um “termo de compensação ambiental” (exemplo: bit.ly/1c19oGT) no valor correspondente, comprometendo-se a depositar a quantia em conta bancária de titularidade do FUNBIO. O FUNBIO, em seguida, contratava livremente, sem licitação, quem quisesse para a execução de diferentes projetos voltados para as unidades de conservação do Estado. Tudo sem licitação e sem controle pelo Tribunal de Contas. E o mais estranho? Quando, segundo relação do próprio FUNBIO, o INEA e a SEA aparecem como responsáveis pela maior parte dos projetos. Assim, resta a pergunta: o que exatamente, então, faz o FUNBIO, além de existir para permitir a contratação, sem licitação, das empresas que preparam os planos e demais projetos de implantação e manutenção de unidades de conservação?

Nota-se com estranheza a previsão na primeira versão do Convênio da obrigação do convênio em realizar “licitações” para os projetos executados com os recursos das compensações ambientais. Entidades privadas, por óbvio, não realizam licitações, mas apenas os órgãos das pessoas jurídicas indicadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, já que apenas esses praticam atos administrativos. Não é o caso das OSCIP, ou de qualquer outra entidade privada sem fins lucrativos, ainda que conveniadas com a Administração. Por esta razão, talvez, a nova versão do Convênio, assinada em 01 de abril de 2010, deixou de fazer menção àquele termo, substituindo-o por um dever genérico de condução de processo seletivo. Mas ainda assim, permaneceram ilegais todas as contratações transferidas ao FUNBIO. Licitação não é como remédio, que permite o uso de “genéricos”, por entes que não têm a mesma legitimidade e autoridade que os órgãos da administração pública.

Além do mais, OSCIP não pode intermediar contratações com empresas com finalidade lucrativa.

A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 estipula que para os fins de seu art. 3º, a dedicação às atividades nele previstas (dentre elas a pertinente ao FUNBIO, de defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável) configura-se mediante “a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” (art. 3º, parágrafo único – grifo acrescido).

Percebe-se claramente que a execução dos projetos pelo FUNBIO não é direta como exige a Lei, mas por empresas – não outras organizações sem fins lucrativos – por ele contratadas, ou seja, indiretamente. Tanto a ideia de convênio ou termo de parceria com uma OSCIP foram absolutamente desvirtuadas: o FUNBIO funciona, desde a celebração de seu Convênio, como um instrumento para que as contratações realizadas para a execução dos projetos com recursos da compensação ambiental do art. 36 da LSNUC sejam realizadas com dispensa indevida de licitação. Ao invés do rígido controle procedimental da Lei nº 8.666/1993, com o controle externo do Tribunal de Contas e com os deveres/poderes de agentes públicos que conduzem licitações, contratações milionárias, como a do Plano de Manejo do Parque Estadual da Costa do Sol, se dão sem qualquer controle, comunicação de critérios, ou publicidade adequada. Basta ver a fragilidade do “processo de seleção” indicado no site do FUNBIO quanto ao plano de manejo do PECS e compará-lo com as diretrizes descritas no art. 3º da Lei de Licitações e no inciso XXI, do art. 37, da Constituição. O distanciamento é inequívoco.

A gestão compartilhada de unidades de conservação por OSCIP foi prevista pelo legislador, mas de forma completamente diversa da idealizada pelo Estado. Além da impossibilidade de contratações indiretas, como já visto, deve haver processo de seleção entre as OSCIP interessadas, sendo que o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 faz menção expressa à aplicabilidade da Lei de Licitações para tanto: “[o] edital para seleção de OSCIP, visando a gestão compartilhada, deve ser publicado com no mínimo sessenta dias de antecedência, em jornal de grande circulação na região da unidade de conservação e no Diário Oficial, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”. Nunca se pensou possível um Convênio “guarda-chuva” para gestão compartilhada de todas as unidades de conservação, em que uma OSCIP, escolhida sem licitação, passasse a gerenciar todos os recursos das compensações ambientais, contratando livremente, também sem licitação, quem lhe aprovesse.

É inquestionável, portanto, a ilegalidade das contratações realizadas pelo FUNBIO com a aplicação das verbas da compensação ambiental, por ausência da necessária licitação por um órgão da administração pública, nos termos da Lei nº 8.666/1993.

2.5. A DISCUSSÃO DA NATUREZA DA VERBA É IRRELEVANTE: SEMPRE SERÁ NECESSÁRIA PRÉVIA LICITAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DOS PROJETOS PARA ATINGIR AS FINALIDADES PREVISTAS DO ART. 36 DA LEI DO SNUC

O Parecer nº 04/09-RTAM-PG-2 da Subprocuradoria-Geral do Estado (bit.ly/parecerfunbio) concluiu pela natureza privada dos recursos da compensação ambiental criada pelo art. 36 da Lei do SNUC. Os argumentos do longo parecer, após depurados da contradição lógica de alguns, podem ser assim resumidos: (a) a obrigação em questão é de apoiar a implantação ou manutenção de unidades de conservação,

por isso não sendo pecuniária; (b) o devedor pode escolher cumprir a obrigação *in natura*, contratar terceiro para fazê-lo, ou pagar em dinheiro aos órgãos licenciados; (c) apenas na última hipótese estar-se-ia diante de verba pública.

O Parecer, no entanto, é equivocado. Contém falhas de lógica e erros conceituais cuja demonstração não é necessária quando são revelados o conteúdo de normas que aquele não discute.

2.6. DO CORRETO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DO ART. 36 DA LEI DO SNUC É O PAGAMENTO PELO EMPREENDEDOR, AO ÓRGÃO LICENCIADOR, DA QUANTIA CALCULADA

A Resolução CONAMA nº 371, de 05 de abril de 2006, estabeleceu as diretrizes para cobrança, cálculo, e aplicação dos recursos advindos da compensação ambiental devida por força do art. 36 da Lei do SNUC. Os fatores levam em conta os custos para a implantação do empreendimento e a metodologia de gradação do impacto ambiental definida pelo órgão ambiental competente (art. 3º). Fica clara a opção normativa pela forma de pagamento em pecúnia, já que no art. 5º, § 1º, daquela Resolução, determina o CONAMA: “[n]ão será exigido o desembolso da compensação ambiental antes da Licença de Instalação” (grifo acrescido). “Desembolso” só pode ser de quantia em dinheiro. Ninguém desembolsa um projeto, uma compensação específica ou ecológica.

Ainda de acordo com os termos daquela Resolução, “[o]s órgãos ambientais licenciadores deverão instituir câmara de compensação ambiental, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental em unidades de conservação” (art. 8º). Como a própria Resolução fala em dispositivo anterior em “desembolso”, é claro que a “compensação ambiental” que quer ver “aplicada” no art. 8º diz respeito aos valores desembolsados, ou seja, pagos pelo empreendedor, de acordo com os parâmetros de cálculo que define. Confirmando a opção pela compensação em dinheiro e não em espécie ou ecológica, a mesma Resolução determina, em seu art. 11, que “[s]omente receberão recursos da compensação ambiental as unidades ...” (art. 11, §1º) e que “[a] destinação dos recursos da compensação ambiental para as unidades selecionadas ...” (grifos acrescidos). Ou seja, algo diverso do que a possibilidade de destinação de projetos, que o empreendedor possa executar diretamente.

Prosseguindo, a mesma Resolução determina, ainda, que os órgãos ambientais, não um terceiro contratado ou o empreendedor, são “responsáveis pela gestão dos recursos da compensação ambiental” (art. 12 – grifos acrescidos), cabendo a eles “dar publicidade, bem como informar anualmente aos conselhos de meio ambiente respectivos, a aplicação dos recursos oriundos da compensação ambiental” (idem). O quadro normativo pertinente, dessa forma, é repleto de evidências de que, ao contrário do que quer fazer crer o Parecer da PGE, não é permitida a compensação ambiental em espécie ou ecológica pelo próprio empreendedor, sendo, ao invés, obrigatório o cumprimento da obrigação mediante pagamento (“desembolso”) ao órgão licenciador, que é “responsável pela gestão dos recursos” respectivos.

No caso da União, há norma expressa determinando ao IBAMA caber a decisão sobre a destinação dos recursos do art. 36 da Lei do SNUC (art. 31, § 4º, do Decreto 4.340, de 22 de agosto de 2002). É criada, ainda, uma ordem legal de projetos para a destinação desses recursos, iniciando-se pela regularização fundiária e demarcação de terras, passando pela elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo, aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade etc (art. 33 e incisos do Decreto nº 4.340/2002).

Com isso, pode-se usar as premissas do próprio Parecer da PGE contra a sua conclusão específica, no sentido da possibilidade legal da celebração do convênio pretendido pela SEA/INEA: o ingresso dos recursos no tesouro torna a verba de natureza pública.

Tão evidente quanto o fato de o dano ambiental (ilícito) não se confundir com impacto ambiental (lícito), é o de que se um impacto é ou foi inevitável, não é possível a sua recuperação *in natura*. Se houve autorização para a implantação de uma fábrica, com supressão da vegetação que ali existia (sendo esse um dos impactos), não é possível o replantio no mesmo local, já que a fábrica está e vai continuar ali. Portanto, não é o caso de reparar um dano, já que não houve ilícito – a fábrica foi licenciada –, mas sim de compensar o impacto inevitável. E as únicas formas viáveis de compensação pelo impacto não mitigado serão (a) em dinheiro ou (b) a chamada compensação ecológica ou em espécie (medidas concretas para criar, em outra área, os mesmos serviços ambientais suprimidos na área do impacto).

Ocorre que, de uma forma ou de outra, é claro haver um interesse público no exato cumprimento da obrigação de compensar, ou seja, de que os impactos objeto da compensação sejam corretamente previstos e traduzidos na exata proporção (a) de um valor pecuniário correspondente, ou (b) da medida equivalente, em outra área, sempre tendo em vista o valor econômico dos serviços ambientais suprimidos.

No entanto, o próprio legislador resolveu optar pela conversão dos impactos em um valor monetário, calculado pela fórmula $CA = VR \times FI$, onde CA é o valor da compensação, VR é o somatório dos investimentos do projeto e FI é o grau de impacto nos ecossistemas (art. 31-A do Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002). Por isso, além de não ser a prática do próprio FUNBIO receber medidas compensatórias em espécie (até porque proscritas pelas normas indicadas no item 3.3.1 desta ação), não faria sentido que o legislador indicasse essa conversão obrigatória para, em seguida, admitir a reconversão para o cálculo do impacto a ser compensado em espécie. Em especial quando ele próprio, o legislador, define uma ordem de prioridade de medidas (art. 33 do mesmo Decreto), sendo que todas elas pressupõe contratações.

E se ainda assim, desconsiderando todas as normas acima, fosse permitido ao empreendedor prestar diretamente um dos serviços listados no rol de prioridades – elaborar um plano de manejo, por exemplo –, ao argumento de que seu valor pecuniário corresponderia ao cálculo da compensação por ele devida? Ainda assim, a única forma a garantir que o valor do serviço não seria manipulado (para mais), seria a licitação. O que ganha especial relevo já que, não só pelo argumento da economicidade, a isonomia

entre contratantes é um influxo valorativo inexorável a partir do art. 37, inciso XXI, da Constituição, já que esforço argumentativo algum poderia afastar o fato de que envolvido na sistemática das compensações estão, como comprovado, (i) o interesse público pelo correto cálculo e aplicação da compensação e (ii) a presença de aplicação de recursos para finalidades legais, cuja gestão cabe aos órgãos da Administração.

De todo modo, não custa frisar, que não tem sido essa a opção do INEA, SEA ou FUNBIO: todas as compensações de que se têm notícia foram gerenciadas com a participação do INEA/SEA, via Convênio (do contrário, o Convênio seria desnecessário). Mesmo no cenário imaginário do presente item desta ação, a licitação, ainda assim, seria indispensável. O que torna os contratos firmados pelo FUBIO, até então, nulos.

3. DA PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Apesar da informação de fls., dando conta da obtenção por parte do Estado do Rio de Janeiro da Suspensão da Segurança, mister faz-se abordar, posto relevante, a presença dos requisitos ensejadores da medida de urgência.

A demora natural do processo opera em desfavor do Autor. E nesse caso, o interesse público que merece ser protegido, ou seja, as adequadas medidas de implantação e manutenção do Parque Estadual da Costa do Sol e todas as demais unidades de conservação dos municípios abrangidos por este Núcleo estão correndo risco com a manutenção dos efeitos do Convênio com o FUNBIO, até o final da lide. Os contratos realizados são ilegais, os custos descontados dos recursos da obrigação do art. 36 da Lei do SNUC são ilegais, e não há igualdade entre os que podem ter a chance, a partir de verdadeira licitação, de prestar o serviço da melhor forma – mais econômica, inclusive – para o Estado.

3.1. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA

O artigo 2º da Lei nº 8437/1992 exige, para fins de concessão de liminares, em sede de Ação Civil Pública proposta em face do Poder Público, a prévia manifestação do representante judicial da Fazenda.

Tal norma somente se aplica às hipóteses de medidas liminares com conteúdo cautelar, sendo, portanto, inaplicável às medidas liminares com conteúdo de tutela antecipada.

O artigo 1º da Lei nº 9494/1997 estende à tutela antecipada as restrições e vedações para a concessão de medidas cautelares em desfavor do Poder Público, porém, em nítida hipótese de silêncio eloquente, o legislador não fez qualquer referência ao artigo 2º da Lei nº 8437/1992.

Assim, fácil concluir pela inaplicação da restrição ínsita no artigo 2º da citada Lei ao caso concreto.

Assim, diante dos fundamentos jurídicos acima indicados ao longo desta peça processual e do perigo da demora descrito, o Ministério Público entende estarem presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada.

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

3.2. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO SUPEDÂNEO JURÍDICO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Em termos históricos, o princípio da precaução tem origem nos Tratados Internacionais, de onde se destaca sua expansão e relevância entre os países integrantes da União Europeia, já que é princípio integrante do seu conteúdo normativo.

De acordo com o que determina o Tratado da Comunidade Europeia, Tratado de Maastrich, em seu art. 174, 2, “A política da Comunidade no domínio do meio ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador” (BORGES, 2005, p. 532).

Em 1989 e 1990 a Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa consagrou o princípio da precaução como princípio geral da política ambiental, o qual teve seu marco principal na Declaração do Rio de Janeiro, através do princípio 15, no âmbito da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada em 05 de junho de 1992 na Cidade do Rio de Janeiro, é considerada como marco inicial do reconhecimento do princípio da precaução, de onde se extrai o Princípio 15 da Declaração do Rio, o qual, dando o conceito comumente adotado para este princípio, refere-se a ele da seguinte forma: “Com o fim de proteger o Meio Ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Com efeito, em se tratando de defesa do meio ambiente, o princípio da precaução tem aplicação ampla visto que se atua no momento anterior ao “conhecimento,

identificação e mensurabilidade do risco”; a precaução deve ser aplicada de forma precípua, ou seja, desde o processo decisório, por intermédio de medidas preventivas, com o objetivo de evitar um dano previsível ou provável, ou, ainda, que o dano não seja provável nem previsível, mas, na hipótese de haver incerteza científica, deve-se aplicar o princípio da precaução, o que significa que basta a incerteza quanto à verificação do risco ambiental, o qual não precisa nem ser conhecido.

Diante da possibilidade de instalação de determinada atividade econômica em que haja incerteza científica acerca dos efeitos desta instalação, deve-se aplicar o princípio da precaução. Cabe-nos aqui esclarecer o que seja atividade potencialmente causadora de dano ambiental.

Segundo o art. 3º da Lei nº 6.938/1981, considera-se atividade potencialmente causadora de dano ambiental toda e qualquer atividade que altere as propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, e que tais alterações sejam causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais.

Conforme dito anteriormente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu em seu artigo 14, § 1º que a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente será objetiva, sendo suficiente apenas a existência dos requisitos indispensáveis que impliquem na responsabilização civil: ação lesiva, existência do dano e nexo de causalidade, para atribuição do dever de reparação.

Assim, comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano dele proveniente. Para tanto, basta que se demonstre a existência do dano sobre o qual o exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência decisiva. Nesse particular, vale ressaltar que, mesmo que a conduta do agente não seja ilícita, se dessa atividade resultar algum dano ao meio ambiente, haverá responsabilização por dano ambiental.

Como os danos em geral, os danos ambientais podem ter natureza moral ou patrimonial. Saliente-se aqui a questão social acerca do dano ambiental tendo em vista que este representa a lesão a um direito difuso, um bem imaterial, incorpóreo, autônomo, de garantia constitucional para uso comum do povo.

A reparação do dano ambiental compõe-se de dois elementos: a reparação *in natura* do estado anterior do bem ambiental afetado, e a reparação pecuniária, ou seja, a restituição em dinheiro. Assim, segundo a legislação pátria, quando não for possível o retorno ao estado inicial, recairá sobre o poluidor a condenação de um *quantum* pecuniário, suficiente para recomposição efetiva e direta do meio ambiente lesado.

Todavia, nem todo dano se indeniza. Face à impossibilidade muitas vezes de reparação do dano ambiental, a pena pecuniária mostra-se insatisfatória, visto que não tem o condão de recuperar, por exemplo, um ecossistema destruído ou de ressuscitar uma espécie já extinta.

4. DO PREQUESTIONAMENTO

Requer o Ministério Público que V. Exas. se manifestem expressamente sobre os dispositivos legais cima citados, quais sejam: arts. 5º, incisos LIV e LV, 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XXI, 70, parágrafo único e 225 da CRFB; arts. 2, 3º, 24, 25 e 116 da Lei nº 8666/1993, art. 36 da Lei do SNUC (9985/2000), arts. 1º, §3º e 2º da Lei nº 8437/1992, arts. 1º, §1º e 7º da Lei nº 9790/1999 e art. 273,§2º do CPC, possibilitando desta forma a interposição de eventual Recurso Especial e/ou Extraordinário.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer o Ministério Público seja o Agravo de Instrumento improvido, mantendo-se a r. decisão interlocutória de fls. 388/413, convertendo-a em definitiva ao final do processo.

São Pedro da Aldeia, 30 de janeiro de 2014.

FABRÍCIO ROCHA BASTOS

Promotor de Justiça

Parecer ministerial em processo judicial. Arguição de Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança. Isenção do pagamento de taxa para a revisão de prova de concurso. Reserva de Plenário para análise da inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I, alínea “b”, item 2, e alínea “g”, da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro.

Joana Fernandes Machado*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0240630-63.2010.8.19.0001

Relator: Des. Marcus Quaresma Ferraz

Arguente: Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Interessados: Paulo Fernando de Mello Franco e Estado do Rio de Janeiro

Parecer do Ministério Público

Direito Constitucional e Administrativo. Arguição de Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança. Isenção do pagamento de taxa para a revisão de prova de concurso. Reserva de Plenário para análise da inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I, alínea b, item 2, e alínea g, da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro. Ofensa ao art. 5º, XXXIV, a da CRFB/1988. Impossibilidade de vinculação da admissibilidade de recurso ao pagamento prévio de taxa – Inteligência do Verbete nº 21 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. Aplicação dos princípios do concurso público, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Procedência do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro, suscitado pela C. Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 0240630-63.2010.8.19.0001,

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

interposta contra a r. sentença que denegou a ordem requerida pelo impetrante para que não lhe fosse exigido o pagamento de taxa para a interposição de recurso no âmbito do XXIII Concurso para ingresso na classe inicial da carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Conforme a sentença de fls. 82, a ordem foi denegada sob o fundamento de o edital prever, expressamente, a necessidade de pagamento de taxa específica para a interposição de recurso do resultado das provas em questão, previsão esta que tem respaldo na Lei nº 1.829/1991.

Inconformado com a decisão, interpôs o impetrante recurso de apelação (fls. 90/93), que teve seguimento negado (fls. 116/118).

Da decisão, agravou o impetrante (fls. 120/123), tendo sido o recurso provido, com fundamento na garantia constitucional do direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a* da CRFB/1988), determinando a abstenção da cobrança da referida taxa no caso (fls. 125/128).

Embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 130/132), sustentando a negativa de vigência ao art. 2º, I, *g* da Lei Estadual nº 1.829/1991. Os embargos de declaração restaram desprovidos (fls. 135/139), sob o argumento de que o recurso não preencheu os requisitos do art. 535 do CPC e que a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso I, *g* da Lei nº 1.829/1991 não foi declarada.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs, então, recurso especial (fls. 142/144), no qual aduziu violação aos artigos 458, II e 535, II do CPC, uma vez que o v. acórdão recorrido não teria abordado as prejudiciais questões constitucionais sustentadas pelo então recorrente.

No mesmo sentido, interpôs recurso extraordinário (fls. 146/150), alegando: (i) a repercussão geral do tema; (ii) a violação aos arts. 2º, 5º, XXXIV, *a*, 37, II e 97 da CRFB/1988, considerando a atuação da administração pública em consonância com o edital do referido concurso; (iii) que a hipótese dos autos não se submete ao teor do Enunciado nº 373 do STJ e do Verbete nº 21 do STF, tendo em vista que o valor em questão não é depósito, mas remuneração de serviço estatal, mediante taxa; (iv) que o v. acórdão impugnado negaria vigência à lei, sem a respectiva declaração de inconstitucionalidade expressa e em desrespeito ao princípio da reserva de plenário.

Em juízo de admissibilidade dos referidos recursos, a Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou o retorno dos autos à C. Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para cumprimento do art. 543-B, §3º do CPC, sob o fundamento de que a decisão negou vigência à lei e contrariou orientação firmada pelo STF (fls. 166/169).

Em observância à decisão da Terceira Vice-Presidência, a C. Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 239/243, revogou os v. acórdãos de fls. 125/128 e 135/139, suspendeu o julgamento do agravo regimental de fls. 120/122 e determinou a remessa dos autos ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para a análise da constitucionalidade do art. 2º, I, *b*, item 2, e *g*, da Lei nº 1.829/1991 (fls. 239/243).

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De plano, convém registrar a presença dos requisitos legais para que se conheça do incidente processual, considerando o teor do v. Acórdão de fls. 239/243, em que se sinalizou com a inconstitucionalidade da já referida norma. A hipótese, pois, acha-se prevista na segunda parte do artigo 481, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ademais, é intuitivo que o exame dos vícios de inconstitucionalidade suscitados em relação ao dispositivo legal em tela efetivamente concerne a uma questão prejudicial do *meritum causae*, na medida em que configura um antecedente lógico e necessário que condicionará a solução deste.

Destarte, emerge a competência do E. Órgão Especial para a apreciação do tema constitucional arguido, cuja solução, assim, haverá de vincular a 19ª Câmara Cível, por ocasião da retomada do julgamento Ação Declaratória, ali em trâmite.

Adentrando, finalmente, na análise das questões que compõem o objeto do incidente processual, propriamente dito, verifica o Ministério Público que é de rigor o seu acolhimento, em razão de vício de inconstitucionalidade.

Nos termos do exposto, a presente arguição de inconstitucionalidade tem como objeto o art. 2º, I, *b*, item 2, e *g*, da Lei nº 1.829/1991, que “torna obrigatória a concessão de pedido de revisão de prova nos concursos para provimento de cargos estaduais, de qualquer natureza, e a regulamentação”:

Art. 2º Para o atendimento do previsto no artigo anterior, todas as estipulações, a seguir indicadas, devem ser integralmente cumpridas.

l) No edital do concurso.

(...)

b) Os documentos que instituirão o pedido de revisão, a saber:

(...)

2) Comprovante hábil do pagamento de taxa de revisão, no valor equivalente a tantas taxas forem as provas cuja revisão solicita.

(...)

g) O valor da taxa a ser cobrada pela prestação do serviço de revisão de cada matéria constituinte do concurso, a qual não poderá ultrapassar a 30% (trinta por cento) da taxa de inscrição.

Conforme se verifica do teor do dispositivo, a norma em questão impõe que do edital conste a indicação da permissão de revisão da prova e que o comprovante de recolhimento da taxa de revisão instrua o respectivo pedido, taxa essa limitada ao valor de 30% (trinta por cento) do valor da taxa de inscrição.

O fundamento basilar da presente arguição é no sentido de que a imposição do pagamento da referida taxa representaria restrição indevida ao direito de petição,

garantido por força do art. 5º, XXXIV, *a* da CRFB/1988. Ademais, a sustentar a referida conclusão, a disposição legal contrariaria o Verbete nº 21 da Súmula Vinculante do STF e o Verbete nº 373 da Súmula do STJ, que estabelecem a proibição de vinculação de depósito prévio à admissibilidade de recurso administrativo.

Com efeito, a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, *l, b*, item 2, e *g*, da Lei nº 1.829/1991 é procedente.

Independentemente da denominação conferida pela Lei impugnada ao valor a ser recolhido para viabilizar a revisão das provas dos concursos em âmbito estadual, é certo que a admissibilidade do referido recurso fica condicionada ao recolhimento da referida quantia.

Neste ponto, ainda que não se aluda a situação idêntica, é necessário compreender a premissa que ensejou a edição do Verbete nº 21 da Súmula Vinculante do STF e do Verbete nº 373 do STJ. Como é cediço, a consolidação dos referidos entendimentos jurisprudenciais é no sentido de vedar a exigência de depósito para viabilizar a interposição de recursos administrativos:

Súmula Vinculante nº 21 – É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula nº 373 – É ilegítima a exigência de depósito prévio para a admissibilidade de recurso administrativo.

Embora tratem, especificamente, de depósito, é certo que os verbetes em questão comportam interpretação sistemática e atingem os contornos do direito de petição, resguardado pela CRFB/1988, em seu art. 5º, XXXIV, *a*.

Considerando a submissão do concurso público aos ditames próprios do direito público, é certo afirmar que o pedido de revisão de provas, no caso, tem natureza de recurso administrativo. Nesse sentido é o entendimento do STF:

Acrescento que o pleito administrativo está inserido no gênero “direito de petição” e este, consoante dispõe o inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, é assegurado independentemente do pagamento de taxas. Trata-se aqui de algo que pode inviabilizar até mesmo o direito de defesa, compelindo o interessado à prática incongruente, ou seja, a de depositar, ainda que parcialmente, o que entende como indevido. Cumpre ter presente, também, o efeito suspensivo do recurso a alcançar o todo cobrado, não cabendo, ante o fenômeno da suspensão, exigir, embora sob a nomenclatura de depósito, o recolhimento de percentagem do tributo ou da multa. Ora, assim como na hipótese na qual em jogo se faz a liberdade

do cidadão, não consigo curvar-me, em face da força dos ditames de minha consciência, ao precedente do Plenário, razão pela qual conheço deste recurso extraordinário e o desprovejo, declarando a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998. (STF – Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 389.383-1/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 28/03/2007 – sem grifos no original).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto à disposição de qualquer interessado, ainda que destituídos de personalidade jurídica, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva, conforme lições traduzidas no julgamento da ADIMC 1.247 – PA – T.P., em que foi relator o insigne Ministro CELSO DE MELLO – DJU 08.09.1995. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 443, consigna que “Nota-se também que ele se reveste de dois aspectos: pode ser uma queixa, uma reclamação, e então aparece como um recurso não contencioso (não jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, pode ser a manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades. Esses dois aspectos, que antes eram separados em direito de petição e direito de representação, agora se juntaram no só direito de petição”. Dúvida não há, *concessa maxima venia*, de que a Agravante tem o direito de apresentar sua defesa, independentemente da garantia de instância, amparada no texto da Carta do Estado do Rio de Janeiro. Foram esses os motivos que me levaram a dissentir do respeitável entendimento esposado no douto voto vencedor....). Felizmente, o colendo Supremo Tribunal Federal corrigiu a brutalidade, *rogata maxima venia*, reconhecendo a inconstitucionalidade do depósito prévio, sumulando a questão através da súmula vinculante nº 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. (TJRJ – Décima Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0030690-05.2003.8.19.0001. Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel. DJ. 13/09/2011).

O direito de petição, garantido por força de expressa previsão constitucional não pode, portanto, sofrer limitação por lei estadual, que condiciona a admissibilidade do recurso ao pagamento da respectiva taxa.

Trata-se, portanto, de inequívoca violação, por **restrição indevida e desproporcional**, ao direito fundamental previsto no art. 5º, XXXIV, *a* da CRFB, que enseja o provimento da presente arguição.

Por outro lado, a análise da constitucionalidade do art. 2º, *l, b, item 2, e g*, da Lei nº 1.829/1991 demanda, ainda, a apreciação do fundamento constitucional do princípio do concurso público.

Hely Lopes Meirelles¹ conceitua o concurso público nos seguintes termos:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Ao prever a obrigatoriedade do concurso público no art. 37, II, da CRFB, o constituinte originário alçou à proteção constitucional dos princípios da moralidade e da eficiência, como de observância obrigatória à Administração Pública.

Dessa forma, o objetivo precípua do concurso público é garantir, num maior escopo possível, a seleção das pessoas mais qualificadas ao exercício da respectiva função.

Ao conceber a necessidade de pagamento de taxa para viabilizar o pedido de revisão de provas, o legislador estadual impõe restrição desproporcional que não se justifica, visto que acaba por prejudicar, além do direito do candidato de ver reavaliado um ato administrativo, a devida aferição da capacidade dos sujeitos que se submetem ao concurso público, contrariando também o interesse público.

Observa-se também, que a revisão das provas (recurso administrativo) garante a isonomia entre os candidatos e a lisura do concurso público. Ou seja, a inexistência de taxa para a revisão de prova garante a aferição ampla, precisa, moral e transparente da aptidão dos candidatos à vaga almejada, em cumprimento aos princípios da transparência, da moralidade e da eficiência, os quais norteiam a Administração Pública.

No que tange ao argumento de que a referida taxa representaria remuneração ao “serviço” de revisão das provas questionadas, melhor sorte não lhe guarnece.

Os concursos, em geral, demandam o pagamento de valor referente à inscrição do candidato, que servirá de substrato para cobrir as despesas administrativas com

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, e Lei nº 11.448, de 15.1.2007, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores: São Paulo. p. 436.

a realização do respectivo concurso. Dessa forma, é crível que o referido valor seja apto a fazer frente às respectivas despesas, inexistindo fundamento à previsão de pagamentos suplementares, o que vulnera a própria transparência dos certames.

Verifica-se, portanto, que o art. 2º, I, b, item 2, e g, da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro viola, além do art. 5º, XXXIV, a da CR, os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no art. 37, *caput*, da CRFB/1988.

III- CONCLUSÃO

Pelos fundamentos acima expostos, oficia o Ministério Público no sentido de que seja conhecido e acolhido o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade, com o subsequente retorno dos autos ao órgão fracionário de origem, a fim de que se retome o julgamento do mandado de segurança que ali tramita, partindo-se da premissa da inconstitucionalidade do art. 2º, I, b, item 2, e g, da Lei nº 1.829/1991 do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 04 de abril de 2014.

JOANA FERNANDES MACHADO

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais

Embargos de Declaração em Agravo na Execução Penal. Oposição com o objetivo de sanar vícios de obscuridade e omissão, a fim de que seja complementada a decisão colegiada. negativa de vigência dos dispositivos legais dos arts. 67 e 112 da LEP, diante da ausência de manifestação expressa do órgão do Ministério Público que oficia junto ao juízo da VEP.

Nilo Augusto Francisco Suassuna*

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 5ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA JUNTO À 8ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 0026710-67.2014.8.19.0000

Agravante: Ministério Público

Agravado: Leonardo de Oliveira da Silva

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 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, c/c o art. 535, II, do Código de Processo Civil, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, ao Acórdão proferido pelo ilustrado órgão fracionário, eis que há **omissão e obscuridade, a fim de que seja complementada a decisão colegiada, nos seguintes termos:**

1. Preliminarmente, aduz que o Ministério Público tomou ciência pessoal da decisão vergastada em 07 de julho do corrente ano, sendo tempestivo e adequado o recurso.
2. Vale dizer que essa E. Câmara, em Sessão realizada em 02 de julho de 2014, em decisão tomada por unanimidade, **negou provimento ao recurso do Ministério Público, nos autos do Agravo na Execução Penal.**
3. Todavia, o v. Aresto da E. Corte, permissa vênua, se encontra eivado de omissão e obscuridade, pois deixou de examinar a

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

matéria abordada no recurso, **relativa à negativa de vigência dos dispositivos legais dos artigos 67 E 112 DA LEP, DIANTE DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE OFICIA JUNTO AO JUÍZO DA VEP.**

4. Como cediço em doutrina e na Jurisprudência, a Lei Federal, exige a oitiva prévia do órgão do Ministério Público, no âmbito da execução penal, sob pena de nulidade. O prejuízo decorre da ausência da atuação do Ministério Público, como determina a lei, nos termos dos arts. 67 e 112 da LEP. Por outro lado, a Lei Orgânica do Ministério Público – ARTIGOS 41, IV, da Lei Federal nº 8.625/1993 estabelece a prerrogativa do ministério público, de ser intimado pessoalmente e receber autos com vista.

5. Ademais, houve o prequestionamento expresso quanto à violação da lei federal pela decisão de primeiro grau, relativamente aos dispositivos legais acima referidos, todos de leis federais, tema ressaltado no Parecer ofertado pelo Ministério Público que oficiou junto a esse órgão fracionário (e-doc 00042), e omitiu-se o acórdão em examinar a matéria, vindo a “indeferir” o prequestionamento, o que resulta em obscuridade na decisão colegiada, já que a matéria de direito, devidamente prequestionada não pode ser indeferida pelo órgão fracionário da Corte local, sendo pressuposto para aferição da viabilidade técnica da interposição de eventual recurso constitucional, cuja competência é da Presidência do Tribunal de Justiça (3ª Vice-Presidência do TJERJ), nos exatos termos dos artigos 541 e ss. do Código de Processo Civil, sem prejuízo do reexame no juízo de admissibilidade da Corte Superior (o chamado exame dúplice da admissibilidade do recurso constitucional).

6. Ressalte-se que a ausência de discussão da matéria prequestionada, diante do indeferimento aludido, inviabiliza o acesso do Ministério Público à via recursal do apelo constitucional, seja na via do recurso especial e/ou do Recurso Extraordinário, porque para a interposição de tais insurgências recursais, exige o sistema recursal, como decorrência de determinações constitucionais, e dos chamados óbices jurisprudenciais das Cortes Superiores, que a matéria jurídica seja efetiva debatida no aresto da Corte *a quo*.

Sobre o tema, veja-se:

Quando no acórdão recorrido, a questão federal não foi expressamente prequestionada, deve o recorrente opor embargos declaratórios e, persistindo a omissão, o recorrente, ao interpor

recurso especial, deve atacar a violação ao artigo que trata de omissão do julgado, ou seja, 535, II, do CPC, não devendo insistir em indicar os dispositivos que entendeu omissos (RSTJ 141/66), in: Código de Processo Civil e legislação em vigor, Theotonio Negrão, 37ª ed, p. 1994)

7. Assevere-se que o verbete de nº 98, do E. Superior Tribunal de Justiça dispõe que os “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

8. Ademais, DIANTE DA OMISSÃO E OBSCURIDADE CONTIDAS NO ACÓRDÃO, necessário o aperfeiçoamento da decisão colegiada, complementando-se-a, e discutindo-se a matéria devidamente prequestionada desde o primeiro grau no recurso interposto, a fim de propiciar base jurídica para o enfrentamento do tema na via do apelo extremo, nos exatos termos do verbete de nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

9. Nesse desiderato, sem olvidar do entendimento de que o recurso em tela não objetiva crítica ao ofício judicante, ao contrário, buscando o seu aprimoramento em prol do devido processo legal, espera o acolhimento e provimento dos presentes Embargos de Declaração, esclarecendo-se a decisão colegiada, com a devida complementação aqui buscada, com notório caráter de exame da matéria prequestionada a fim de propiciar eventual interposição de recursos constitucionais.

Rio de Janeiro, 07 de julho de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador 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

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586.224 – SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECTE.(S): SINDICATO DA INDÚSTRIA DA FABRICAÇÃO DO ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SIFAESP

ADV.(A/S): ÂNGELA MARIA DA MOTTA PACHECO E OUTRO (A/S)

RECDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE PAULÍNIA

ADV.(A/S): FRANCISCO ANTONIO MIRANDA RODRIGUEZ E OUTRO (A/S)

RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE PAULÍNIA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB.

1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB).

2. O Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido

de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público.

3. *In casu*, porquanto inegável conteúdo multidisciplinar da matéria de fundo, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas, não é permitido a esta Corte se furtar de sua análise para o estabelecimento do alcance de sua decisão. São elas: (i) a relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima de cana-de-açúcar; (ii) a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas; (iii) cultivo de cana em minifúndios; (iv) trabalhadores com baixa escolaridade; (v) e a poluição existente independentemente da opção escolhida.

4. Em que pese a inevitável mecanização total no cultivo da cana, é preciso reduzir ao máximo o seu aspecto negativo. Assim, diante dos valores sopesados, editou-se uma lei estadual que cuida da forma que entende ser devida a execução da necessidade de sua respectiva população. Tal diploma reflete, sem dúvida alguma, uma forma de compatibilização desejável pela sociedade, que, acrescida ao poder concedido diretamente pela Constituição, consolida de sobremaneira seu posicionamento no mundo jurídico estadual como um *standard* a ser observado e respeitado pelas demais unidades da federação adstritas ao Estado de São Paulo.

5. Sob a perspectiva estritamente jurídica, é interessante observar o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meireles, segundo o qual “se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.” (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.)

6. Função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão. Destarte, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado.

7. Entretanto, impossível identificar interesse local que fundamente a permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado no que tange especificamente a queima da cana-de-açúcar.

8. Distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplinada na legislação

estadual, que gera efeitos totalmente diversos e, caso se opte pela sua constitucionalidade, acarretará esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição.

9. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, decidindo o tema 145 da Repercussão Geral, **por maioria**, vencida a Ministra Rosa Weber, em dar provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP. **Por unanimidade**, o Tribunal firmou a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal).

Brasília, 5 de março de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuida-se de Recurso Extraordinário, interposto pelo Estado de São Paulo, com fulcro no art. 102, III, *a*, da Constituição da República, contra decisão do órgão especial do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Eis a ementa do aresto hostilizado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL RECONHECIDA APÓS A ÊNFASE CONFERIDA AO MUNICÍPIO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTERESSE LOCAL DO MUNICÍPIO QUE NÃO DIFERE DO PECULIAR INTERESSE CONSAGRADO NA ORDEM JURÍDICA. AÇÃO IMPROCEDENTE.

QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. MÉTODO RUDIMENTAR E PRIMITIVO, QUE PODE SER VANTAJOSAMENTE SUBSTITUÍDO PELA MECANIZAÇÃO. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE

JUSTICA. PRECEDENTES QUE EVIDENCIAM ESSA EVOLUÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE.

QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. AVANÇO DECORRENTE DE NOVA POSTURA DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJ/SP QUE LEVOU O SETOR A ADMITIR REDUÇÃO DO PRAZO PREVISTO PARA ELIMINAÇÃO DAS QUEIMADAS. CONSTATAÇÃO DE QUE MÉTODOS ARCAICOS ANTIAMBIENTAIS CONSTITUIRÃO BARREIRAS AO INGRESSO DO ETANOL NO PRIMEIRO MUNDO. MUDANÇA DE RUMO INSPIRADA POR REAÇÃO DO ESTADO-JUIZ E POR OPÇÃO PRAGMÁTICA. DE QUALQUER FORMA, A BENEFÍCIO DO MEIO AMBIENTE.

Os usineiros lúcidos e conscientes não desconhecem de que o método rudimentar, primitivo e nefasto da queima da palha de cana-de-açúcar é fator dissuasivo da aceitação do etanol no Primeiro mundo. As barreiras ambientais poderão conseguir aquilo que a educação ecológica e uma Constituição pioneira no trato do meio ambiente ainda não obtiveram em termos de efetiva tutela a natureza na pátria brasileira.

Não basta produzir etanol, combustível verde e obtido a partir de fontes renováveis, se ele chegar ao mercado do mundo civilizado eticamente contaminado pela fuligem das queimadas ou obscurecido pela acusação de que o setor sucroalcooleiro dos países emergentes ainda se utiliza de mão-de-obra análoga de patamares inferiores aos das conquistas laborais do século XX.

Na origem, a representação de inconstitucionalidade foi proposta pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP e pelo Sindicato da Indústria de Açúcar no Estado de São Paulo – SIAESP, impugna a Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia, que proibiu totalmente a queima da palha de cana-de-açúcar em seu território. O dispositivo impugnado assim prevê:

Art. 1º Fica proibido, sob qualquer forma, o emprego de fogo para fins de limpeza e preparo do solo no Município de Paulínia, inclusive para o preparo do plantio e para a colheita de cana-de-açúcar e de outras culturas.

Em apertada síntese, alegavam os Arguentes que a norma vergastada na Representação vulnerava o art. 23, *caput* e p. u., art. 14, art. 192, § 1º, e art. 193, incisos XX e XXI, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Transcrevo, por oportuno, os parâmetros constitucionais tidos por violados, *verbis*:

Art. 23 As leis complementares serão aprovadas pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se complementares:

(...)

Art. 14 o Código de Proteção ao Meio Ambiente;

Art.192 A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

§ 1º A outorga de licença ambiental, por órgão, ou entidade governamental competente, integrante de sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais.

Art. 193 O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de:

XX – controlar e fiscalizar obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos que, direta ou indiretamente, possam causar degradação do meio ambiente, adotando medidas preventivas ou corretivas e aplicando as sanções administrativas pertinentes;

XXI – realizar o planejamento e o zoneamento ambientais, considerando as características regionais e locais, e articular os respectivos planos, programas e ações;

O pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que a queima de palha de cana-de-açúcar é método rudimentar e primitivo, que pode ser vantajosamente substituído pela mecanização, tendo sido reconhecida a competência do Município para tratar do tema, pois está aumentando a proteção ao meio ambiente que foi estabelecida na Lei Federal nº 6.766/1979.

Contra o *decisum*, o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, sob a alegação de que a decisão recorrida afronta: (i) o art. 24, VI, da CRFB, que outorga competência à União, Estados e Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre proteção ao meio ambiente, e não aos Municípios; (ii) o art. 30, I e II, da CRFB, que atribui ao Município competência meramente suplementar da legislação federal e estadual, desde que não contrarie a legislação estadual; (iii) o art. 23, VI e VIII, da CRFB que atribui à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios competência administrativa para “proteger o meio ambiente e combater a poluição

em qualquer de suas formas” e “fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar”.

Alega-se que a legislação municipal vergastada interfere na implementação das políticas públicas estaduais previstas na Lei estadual nº 11.241/2002, que “dispõe sobre a eliminação do uso do fogo como método despalhador e facilitador do corte da cana-de-açúcar” e estabelece um cronograma para a cessação do método da queima da palha da cana-de-açúcar, incorrendo, portanto, em vício formal de inconstitucionalidade.

Para o Estado de São Paulo, a Resolução nº 237/1997 do CONAMA não atribuiria competência administrativa aos Municípios para tratar do assunto. Sustenta que a Lei Municipal prejudica a economia do Estado e atrapalha o controle ambiental da atividade, tornando impraticáveis as colheitas anuais que se estendem até o final do ciclo de produção do canavial.

Aduz que as consequências práticas da proibição pura e simples da queima da palha da cana transcendem os limites dos interesses do Município de Paulínia, afetando a ordem econômica estadual, a arrecadação tributária do Estado e gerando abalo social decorrente da dispensa de empregados do setor canavieiro e do desemprego.

Todos os produtores, segundo relata, teriam de adquirir máquinas colhedoras, tratores e transbordos, além de substituir as carrocerias de caminhões, que transportavam a cana inteira, por carrocerias próprias para cana picada, bem como adaptar o solo e a forma de plantação da cana. Registra que, como a vida de uma plantação varia de cinco a oito anos, nesse ínterim seria impossível a substituição pela colheita mecanizável. As indústrias também seriam afetadas, já que, não recebendo o seu insumo, a cana-de-açúcar, deixarão de pagar os produtores de cana. A produção de açúcar e álcool restaria, em razão desse quadro, comprometida.

O Sindicato da Indústria da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo – SIFAESP e o Sindicato da Indústria de Açúcar no Estado de São Paulo – SIAESP também interpuseram recurso extraordinário. Sustentam que o acórdão recorrido merece ser anulado, pois o Tribunal de Justiça julgou a compatibilidade da norma municipal direta e unicamente em face da Constituição da República, algo que é vedado em sede de controle abstrato estadual. Lembrem que, na ADI 347, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 74, XI, da Constituição do Estado de São Paulo, que previa a possibilidade de “representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Constituição Federal”. Neste aspecto, o Tribunal de Justiça de São Paulo teria inobservado o art. 125, § 2º, da Lei Maior, onde está a diretriz da competência dos Estados para “a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual”.

Por outro lado, os recorrentes apontam violação aos artigos 24, VI, e 30, I e II, da Constituição da República, na medida em que o Município carece de competência para editar lei que proíba a queima de palha de cana-de-açúcar. Anota que esta Corte, no julgamento da ADI 2.142-7, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.02.01, já entendeu que não cabe aos Municípios legislar sobre meio ambiente, por força do aludido art. 24, VI, da CRFB.

Invocaram o precedente da ADI 2.396/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, que questionava a Lei estadual nº 2.210/2001, do Mato Grosso do Sul, que dispunha sobre a proibição da comercialização de amianto e produtos à base de amianto no território daquele Estado, sendo que a Lei Federal nº 9.055/1995 já tratava do tema em âmbito federal.

Pedem, ao final, o reconhecimento da nulidade do julgamento da ADI estadual nº 129.132-0, e a reforma do acórdão recorrido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 1.952/1995 do Município de Paulínia.

A Câmara Municipal do Município de Paulínia apresentou contrarrazões, no sentido de que:

(a) o Tribunal de Justiça pode aferir a compatibilidade da Lei Municipal em face da Constituição da República;

(b) o Município legislou com base nos poderes conferidos pelo art. 23, VI, e 30, I e II, da CRFB, visto que apenas editou norma suplementar ao ordenamento federal e estadual, sobre assunto de interesse local;

(c) o art. 27 do Código Florestal dispõe que “É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação”, e seu parágrafo único prevê uma exceção pontual, rezando que “Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução”, o que evidenciaria que a Lei municipal vergastada não afronta a legislação federal;

(d) a queima da palha da cana-de-açúcar também importa em prejuízos econômicos, pois obriga a população a aumentar o consumo de água no período da safra, com a finalidade de manter a limpeza das casas, além de gastos com medicamentos com as alergias respiratórias;

(e) a Lei estadual nº 11.241/2002 prevê a redução gradual da queima da cana-de-açúcar, dispondo sobre a extinção do método apenas para o ano de 2.031, o que não atende às necessidades locais do Município de Paulínia;

(f) além do Código Florestal, outros diplomas federais serviriam de supedâneo para a Lei municipal, como o art. 38 da Lei de Contravenções Penais, que prevê a contravenção de “Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém”, e a Lei Federal nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo art. 3º, III, define a poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete desfavoravelmente a biota, as condições estéticas ou sanitárias do meio-ambiente, ou lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

(g) as queimadas são responsáveis por boa parte das mortes dos cortadores por meio da inalação de gases cancerígenos;

(h) no AgRg no AI nº 377.119, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, julgado em 06/08/2002, o STF teria entendido que a queima da palha da cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente.

A Municipalidade de Paulínia também apresentou contrarrazões, sustentando, em preliminar, inadmissibilidade do Recurso Extraordinário em virtude da não especificação dos dispositivos constitucionais violados, bem como da ausência de prequestionamento.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifestou-se pela nulidade do julgado ora atacado, porquanto o controle de constitucionalidade realizado foi em face da Constituição da República e não a do Estado de São Paulo. Quanto ao mérito, pelo provimento do recurso, na medida em que os Municípios não teriam competência para legislar sobre questões ambientais de interesse local e sobre a política de desenvolvimento e planejamento urbano (art. 30, I, II e VIII, 124, § 2º, da CRFB).

A Repercussão Geral foi reconhecida (fls. 798).

Após a manifestação de diversos órgãos especializados na matéria ambiental, foi realizada audiência pública, haja vista o caso extrapolar os limites jurídicos, envolvendo também questões ambientais, políticas, econômicas e sociais.

Dentre tantas informações valiosíssimas e elementos extrajurídicos dos diversos órgãos especializados colhidos na ocasião, destaco, por oportuno, o que se segue:

1. O Ministério do Meio Ambiente ressaltou que a Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) proíbe o uso do fogo na agricultura, mas excepciona em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente. Neste sentido, importa observar que 62,4% da produção de cana do país estão no Estado de São Paulo e que em suas últimas safras há a substituição do fogo pela colheita mecanizada, sendo certo que a partir de 2006, quando o uso do fogo começou a diminuir consideravelmente. Em Paulínia, especificamente, 26% da cana era colhida sem o uso do fogo em 2006, enquanto que em 2011 esse número subiu para 70%. Relatou ainda que 80.000 trabalhadores tiveram sua força de trabalho substituída na colheita da cana. Em contrapartida, o custo de produção diminuiu 25% com a colheita mecanizada. Portanto, sugere o controle ambiental adequado pelos órgãos de fiscalização competentes, quando o uso do fogo se fizer necessário.

2. Já a EMBRAPA chama atenção que, embora os danos ao meio ambiente com a queimada ou a utilização de máquinas sejam equivalentes, a produção de cana é 25% maior sem a queimada. Desta forma, se resolvido o problema da compactação do solo, é desejável a eliminação do método da queima.

3. No concernente à questão prática do cultivo, a COAGRO informa que ofereceu curso de qualificação para os seus cooperados operarem as máquinas, mas a qualificação desses trabalhadores é muito baixa, dificultando o aproveitamento na própria atividade. Por isso, é necessário certo período de tempo para sua alfabetização, antes de qualificados para serem reinseridos na atividade. Sob o ponto de vista do

cultivo em si, é preciso atentar para o fato de que é muito difícil manobrar as máquinas nos minifúndios, e que sua utilização exige uma série de padronizações impossíveis de cumprir em curto prazo. Então a eliminação da queima precisa ser gradativa.

4. A ORPLANA sustenta que o agricultor não terá condições de manter a sua propriedade com a colheita mecanizada. E com isto, os agricultores têm arrendado as suas terras e saído da atividade, porque as máquinas não funcionam em pequenas propriedades. Assim, há um processo de “reforma agrária ao contrário”, pois os pequenos produtores se agrupam, ou estão fora do setor.

5. A UNIDA alerta que 61% da área de cultivo de cana em Pernambuco e Alagoas – os maiores produtores do Nordeste – não comporta a colheita mecanizada por conta de sua topografia. Aponta ainda que a proibição da queima extinguirá duzentos e dezoito mil postos de trabalho e vinte e dois mil pequenos proprietários, sendo grande parte dos produtores inseridos no regime de economia familiar. Por fim, afirma que 32% dos trabalhadores são analfabetos, o que exigiria tempo para sua qualificação, além de inexistir outra opção de cultura para substituir a cana, haja vista a irregularidade de precipitação e a topografia acidentada típicos da região. Sendo assim, o corte da cana crua deve ser gradual e apenas em áreas onde é possível a colheita mecanizada, restando inalteradas as demais áreas.

6. A Esalq/USP afirma que 20% dos trabalhadores agrícolas do Brasil estão na atividade da cana. Porém, com a baixa escolaridade e a irreversível mecanização, restringe-se muito a sua reinserção no mercado de trabalho formal. Portanto, a mecanização deve ser gradativa.

7. A ASCANA expôs que há o desenvolvimento de uma tecnologia que diminua o processo erosivo da terra, mas não imediatamente. Também informou sobre o impacto da queima da cana na saúde do trabalhador, concluindo que a concentração de agentes químicos nesta operação está abaixo dos limites de tolerância exigidos pela legislação pertinente.

8. O Ministério do Trabalho alerta para o risco de doenças cardíacas e ergonômicas devido ao tipo de atividade exercida pelo trabalhador.

9. O INPE demonstra muitos dados sobre mapeamento via satélite das áreas de cana. É possível verificar a gradual mecanização do cultivo da cana, ressaltando que Paulínia detém pouca área dedicada ao cultivo da cana, sendo que 80% não apresentam queima.

10. Os Instituto de Estudos Avançados da USP – IEA e Instituto Tecnológico Vale – ITV demonstraram que não havendo queima, o apodrecimento da cana gera gás metano, que é muito mais prejudicial ao meio ambiente, pois gera o efeito estufa.

11. A ASSOMOGI assevera que a poluição é causada pelo ser humano pelo simples fato dele existir, independente de sua atividade. Portanto, com a proibição da queima, surgiriam ervas daninhas, haveria uso de pesticidas e fungicidas, que também causam poluição.

12. A SINDAÇÚCAR lembra que a exposição ao calor do trabalhador agrícola não se restringe ao cultivo da cana e esclarece que 90% das áreas de cultivo de cana

no Estado de Pernambuco têm o declive com mais de 12%, inviabilizando o uso das máquinas. Com eventual proibição, extinguir-se-ia a produção local.

13. SIFAÇÚCAR e SIFAEG apontam que apenas quatro fábricas no país produzem as colheitadeiras de cana e nenhuma está apta a atua com declive acima dos 12%, além de não haver capacidade de fornecimento imediato para satisfazer toda demanda.

14. Para o Ministério Público Federal, as consequências do cultivo da cana estão sendo suportadas pela sociedade, não pelos empreendedores. A atividade precisa incorporar seus custos ambientais e sociais.

Instado a se pronunciar novamente nos autos, o *Parquet* Federal entende que o Tribunal de Justiça de São Paulo incorreu em *error in procedendo* ao examinar a compatibilidade da Lei Municipal em face da Constituição da República, o que exigiria a anulação do acórdão, devendo outro ser proferido, limitando-se a aferir a constitucionalidade da norma municipal em face da Constituição estadual. Caso ultrapassada a preliminar, opina pelo provimento dos recursos, visto que, com base em precedentes da Casa (RE 280.795 e RE 280.867), a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CRFB) deve ser exercida sem contrariar a legislação ambiental dos Estados e da União, que detêm competência concorrente para normatizar o Direito Ambiental (art. 24, VI, CRFB).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, Ilustres pares, o Recurso Extraordinário ora analisado representa a controvérsia relativa à possibilidade de Lei Municipal proibir a utilização do fogo como método despalhador no cultivo de cana-de-açúcar.

Conforme impõem as regras processuais, inicio estas razões pela análise das preliminares suscitadas pelas partes. Sendo assim, cumpre aferir se o Tribunal de Justiça de São Paulo realmente desbordou da sua competência, apreciando a constitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Federal.

Deveras, muito embora encontradas em diversas as citações de dispositivos da Constituição Federal. Importa observar, no entanto, que o voto vencedor, em seu fundamento, analisou efetivamente cada dispositivo suscitado na Ação Direta de Inconstitucionalidade a nível Estadual, conforme destacado a seguir:

Cabe examinar, na sequência, as pontuais alegações de inconstitucionalidade por parte do artigo 1º, da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia, por **afrontar aos artigos 23, parágrafo único, nº 14, 192, parágrafo 1º, e 193, incisos XX e XXI, da Constituição do Estado.**

(...)

7. É preciso, no entanto, como insistentemente ressaltado, ter presente que a Constituição Estadual ajusta-se a tal entender, não inibindo a legislação e a atuação municipais, ao contrário, priorizando-as em atividade conjugada. Fundamental, nesse sentido, é o artigo 191, da Constituição do Estado de São Paulo Textualmente essa norma diz que “o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio-ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”. Evidencia-se, dessa regra, reiterar-se, da própria Constituição do Estado, que, para tais práticas, Estado e Município (registre-se a expressa inclusão deste último) convergirão legislativamente, porque, caso contrário, o conteúdo e a finalidade do dispositivo se mostrariam inúteis. Para uma real participação da coletividade e para uma real preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, é essencial a legislação em todos os níveis, mormente, como ainda diz esse mesmo artigo 191, para o atendimento das peculiaridades locais. (grifei)

Desse modo, mostra-se evidente a devida análise da ação direta à luz dos parâmetros estabelecidos constitucionalmente, sem a alegada usurpação de competência deste Supremo Tribunal Federal.

É de se salientar, ainda, que a utilização da Constituição da República pelo Tribunal *a quo* na fundamentação, em momento algum, é vedada, sendo perfeitamente entendido como argumento *obter dictum*, pelo que não há que se falar em ilegalidade do acórdão recorrido.

Como é sabido, o art. 125, § 2º, da Carta Magna autoriza os Estados a instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição estadual. Tal fato, conforme bem preleciona em sede doutrinária o Min. Gilmar Mendes, não deve “levar à ideia de que o controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual não se mostra apto a suscitar questão federal que deva, eventualmente, ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal” (Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1433).

Outro ponto nodal do exame de admissibilidade do presente recurso é a identificação das normas questionadas, no tocante à sua natureza obrigatória de reprodução da Constituição Federal na Constituição Estadual (v.g. RE 592612 AgR/SP. Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 25/06/2013).

Quanto a este aspecto, inexistente dificuldade em observar que a reserva de competência estadual para legislar sobre meio ambiente cumpre perfeitamente a

exigência da sistemática aplicável, porquanto se encontra expressamente prevista na Carta Magna a necessidade de lei estadual para disciplinar a matéria, com a respectiva obrigatoriedade, *in casu*, de edição um código estadual do meio ambiente mediante lei complementar, como determina o art. 42 da Constituição do Estado de São Paulo¹.

Por último, cabe asseverar que o recurso foi corretamente admitido tendo em vista o seu recebimento e a análise da reconhecida repercussão geral por esta Corte, conforme se verifica a partir da transcrição dos seguintes trechos do julgamento:

Sob o ângulo da repercussão geral, sustenta-se a relevância das questões constitucionais discutidas do ponto de vista econômico, jurídico e político, merecendo o devido crivo pelo Supremo.

(...)

Reitero o que venho consignando sobre a importância do instituto da repercussão geral, devendo-se resistir à tentação, no exame, de formar juízo sobre a procedência ou a improcedência do que revelado nas razões do extraordinário. Cumpre encará-lo com largueza. O instrumental viabiliza a adoção de entendimento pelo Colegiado Maior, com o exercício direito de defesa.

(...)

Na espécie, está em questionamento a atuação normativa da Câmara Municipal quanto ao meio ambiente. Tudo recomenda o crivo do Supremo, definindo-se o alcance da Carta da República.

Portanto, conheço do presente recurso extraordinário e passo ao seu exame de mérito.

A matéria de fundo deste recurso versa sobre os limites da competência legislativa do município quanto ao meio ambiente, que pode ser estendida para uma tentativa de identificar parâmetros objetivos de limitação do conceito de interesse local frente à competência legislativa estadual.

Entretanto, este *leading case* não poderá ser apartado da influência de sua solução em diversas áreas do conhecimento, que vão além da ciência jurídica.

Assim, cumprindo um papel assaz importante na resolução do caso, é preciso analisar todos os dados colhidos em sede de audiência pública, de maneira a desenhar o quadro apresentado, a fim de que se possa formar um paradigma mais efetivo, em consonância com todas as necessidades expostas, diante do seu caráter eclético e multidisciplinar, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas inerentes ao caso.

¹ Artigo 42 O Estado, no exercício da competência prevista no artigo 24, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal, no que couber, elaborará, atendendo suas peculiaridades, o Código de Proteção ao Meio Ambiente, no prazo de cento e oitenta dias.

Apesar de já antecipado no relatório, farei um breve resumo das principais opiniões dos diversos órgãos especializados que participaram da audiência, traçando uma ordem direta dos fatos e consequências que cercam a decisão.

Basicamente, destaco que (i) já existe relevante diminuição – progressiva e planejada – da utilização da queima como método despalhador de cana-de-açúcar; (ii) a maior parte das áreas nas quais ocorrem o cultivo são acidentadas, impossibilitando o manejo de máquinas; (iii) grande parcela do cultivo de cana se dá em minifúndios; (iv) em geral, os trabalhadores têm baixa escolaridade; (v) e a poluição, independentemente da opção escolhida, sempre existirá.

Nesse passo, é possível notar a existência de dados concretos reveladores acerca da situação da queima de cana no Estado de São Paulo. O Ministério do Meio Ambiente ressaltou na audiência pública que em 2006 “34% da cana eram colhidas de maneira crua, ou seja, sem a queima; em 2011, 65% da cana estavam sendo colhidas sem o uso do fogo”. Especificamente em Paulínia, nota-se que “73% da cana estavam sendo colhidas com a queima. De 2006 para 2011, esse dado foi para 23,7%”.

Entretanto, foi apontado que essa diminuição teve seu início somente após a instituição de um planejamento de eliminação da queima realizado pelo Estado de São Paulo.

É no âmbito deste planejamento que também merece relevo a distinção de seu conceito com a completa e imediata proibição. No primeiro caso, do planejamento, há uma preparação prévia perpetrada pelo poder público a fim de tornar concreta uma situação desejável. De outro plano, encontra-se uma simples proibição, que identifica o problema e tenta resolvê-lo, porém, sem um dimensionamento das consequências advindas de um comando normativo simples e reto.

Sob esse prisma, mister se faz perquirir a viabilidade da extinção imediata do método questionado para vislumbrar se o atual panorama tem condições de se adequar a esta nova realidade.

Primeiramente, não se pode olvidar que o cultivo da cana-de-açúcar ocorre em terrenos acidentados, com inclinações, que obstaculizam o uso de maquinário para a colheita sem a queima. Há que se atentar, igualmente, para o fato de que ainda se desenvolve tecnologia capaz de superar a dificuldade trazida pela irregularidade do solo, porém, com previsão de conclusão e implantação superior a (10) dez anos.

Desta forma, sem uma tecnologia que possa atender às necessidades inerentes à atividade e com a proibição imediata da queima da cana, chega-se a uma situação em que o agricultor deve forjar um novo meio de sustento. Isto quando se constata que grande quantidade da área reservada ao plantio da cana, está tecnicamente impedida de se realizar a colheita por outra forma. Interessante notar, *v. g.*, que no Estado de Pernambuco, um dos maiores produtores de toda região Nordeste, 90% do cultivo se dá em topografia semelhantemente acidentada.

Por esse motivo, caso reconheça a legitimidade e/ou a constitucionalidade da proibição imediata da queima de cana, este Supremo Tribunal terá observado e

entendido como razoável o impacto econômico da perda de substancial fatia da geração de renda e emprego em todo país, haja vista o reconhecimento de repercussão geral por esta Corte.

Outro impedimento técnico da exigência imediata de extinção do método tradicional de colheita da cana também diz respeito à área de cultivo, pois boa parte das áreas dedicadas ao cultivo da cana são minifúndios, cujas dimensões são inapropriadas para manobrar colheitadeiras, o que obrigaria diversos agricultores a arrendar suas terras e deixar a atividade.

Acrescendo a esse quadro brevemente exposto, um fator que considero ser de grande relevância e que tem imperiosa influência na decisão é a baixa escolaridade dos trabalhadores do cultivo da cana-de-açúcar. Afinal, o aspecto socioeconômico não pode, de maneira alguma, ser desconsiderado no presente caso.

Em um primeiro plano, deve-se ter em mente que a substituição do homem pela máquina nos trabalhos de grande esforço físico é, sem dúvida, uma marcha progressiva, inevitável e desejável, pois assim se preserva a saúde do trabalhador e se obtém maior produtividade com o conseqüente aumento do lucro. Entretanto, é preciso pensar em que medida este processo se desenvolverá, a fim de acomodar da melhor forma todos os interesses juridicamente tutelados.

A inserção das colheitadeiras no plantio da cana exige mão-de-obra qualificada para operá-las. Todavia, se os trabalhadores não têm conhecimento técnico para tanto, é certo concluir que a proibição imediata dispensará os serviços de muitas pessoas. Sobre o tema, vale atentar para os dados apresentados pela Dra. Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes em seu estudo específico sobre “O mercado de trabalho da agroindústria canavieira: O mercado de trabalho da agroindústria canavieira desafios e oportunidades”², cujo trecho peço vênia para transcrever:

A questão que emerge é que a mecanização da colheita altera o perfil do empregado: cria oportunidades para tratoristas, motoristas, mecânicos, condutores de colheitadeiras, técnicos em eletrônica, dentre outros, e reduz, em maior proporção, a demanda dos empregados de baixa escolaridade (grande parte dos trabalhadores da lavoura canavieira têm poucos anos de estudo), expulsando-os da atividade. **Este fato implica a necessidade de alfabetização, qualificação e treinamento desta mão-de-obra, para estar apta a atividades que exijam maior escolaridade.**

Segundo estimativas da UNICA, sem se considerar os funcionários envolvidos na gestão e administração da produção, no Estado de São Paulo, entre as safras de 2006/2007 e 2020/2021, o número de empregados envolvidos com a produção de cana-de-açúcar, açúcar

² Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecoa/v11n4/08.pdf>>.

e álcool passará de 260,4 mil para 146,1 mil, ou seja, haverá uma redução de 114 mil empregos neste período, conforme exposto na Tabela 1.

Observa-se que na indústria é esperado um aumento de 20 mil empregados, enquanto na lavoura canavieira o número passará de 205,1 mil empregados para 70,8 mil, ou seja, uma queda de 134,3 mil. A previsão é que não haja colheita manual na safra 2020/2021. Para que parte dos empregados agrícolas sejam realocados para as atividades do corte mecânico, é necessário escolaridade maior do que a da grande maioria dos empregados. (grifei)

Sendo assim, diante destes argumentos claríssimos a respeito do destino dos trabalhadores, embora a produtividade aumente 25% com a mecanização, é preciso haver um planejamento muito bem estruturado quanto à realocação dos trabalhadores canavieiros, no sentido de não serem abandonados pelo mercado, garantindo-lhes nova perspectiva de sustento, oportunizando ensino e emprego harmonicamente conectados com a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida a este argumento, poder-se-ia sustentar pela aplicabilidade da classificação de normas programáticas dos direitos sociais constitucionalmente previstos e incidentes na temática. No entanto, tal entendimento somente seria aceitável enquanto a máquina estatal permanece em sua função administrativa de atender as necessidades sociais com os recursos limitados – o que seria uma espécie de “atuação passiva”.

Porém, quando ocorre a intervenção direta do Estado influenciando negativamente na esfera individual do particular, é justo reconhecer a existência de sua responsabilidade de cuidar para que haja o mínimo de dano possível, bem como de assegurar que a situação retorne ao *status quo ante*. Em outras palavras: o Poder Público deve aplicar as normas constitucionais na medida do possível e, portanto, seria completamente ilógico exigir dele um dever jurídico de existência de vagas de trabalho para todo cidadão – daí a sua perspectiva passiva que não lhe imputa qualquer responsabilidade neste sentido. Solução diversa, no entanto, deve ser implementada quando o governo sai de sua inércia administrativa e se insere no mercado, interferindo em determinada atividade. Neste caso, a partir de uma ação diretamente relacionada a esta decisão administrativa, caso haja prejuízo suportado pelo particular, de maneira a retirar-lhe a condição de usufruir um direito fundamental em seu mínimo existencial, é plenamente exigível uma atuação no sentido de atenuar a situação, até que se retorne à situação equivalente anterior à saída desta inércia interventiva.

Corroborando o posicionamento ora adotado, Ingo Wolfgang Sarlet explicita que o direito ao trabalho, enquanto fundamental, na sua função positiva:

poderá não implicar um direito subjetivo a um lugar de trabalho (um emprego) remunerado na iniciativa privada ou disponibilizado pelo poder público, mas certamente se traduz na exigência (no dever constitucional) de promover políticas de fomento da criação de empregos (postos de trabalho), de formação profissional e qualificação do trabalhador, entre outras tantas que poderiam ser referidas e que são veiculadas por lei ou programas governamentais ou mesmo no setor privado. (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 603.)

Por óbvio, há de se observar as especificidades do caso concreto e não divagar *ad eternum* no mundo das ideias. É preciso ser realista e ter em mente que se tais exigências são de difícil ou impossível aplicação, todavia, é forçoso imaginar uma solução mínima ao problema, que terá uma análise específica para cada situação concreta. Vale dizer, a título exemplificativo, incidindo-se a tese ao presente caso: se há uma impossibilidade de concessão de plenas condições aos trabalhadores substituídos, que se dê, pelo menos, um prazo razoável para que possam se preparar a esta nova situação.

Partindo deste pressuposto, resta evidenciada a imperiosidade do cumprimento do art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ora transcrito *in verbis*:

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, **A CONDIÇÕES JUSTAS E FAVORÁVEIS DE TRABALHO E À PROTEÇÃO CONTRA O DESEMPREGO.**
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, **QUE LHE ASSEGURE, ASSIM COMO À SUA FAMÍLIA, UMA EXISTÊNCIA COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE HUMANA, E A QUE SE ACRESCENTARÃO, SE NECESSÁRIO, OUTROS MEIOS DE PROTEÇÃO SOCIAL.**
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. (grifei)

É certo, pois, que a mera e direta proibição não se coaduna, nesta esteira, com os valores constitucionais perseguidos pela sociedade, visto que o evidente aumento no índice de desemprego abrupto trará reflexos econômicos no âmbito nacional interno, no sentido de que haverá menor circulação de riqueza e, sob o ponto de vista externo, cumpre lembrar que altas taxas de desemprego contribuem

para a diminuição do grau de confiabilidade no país, tanto no campo da economia, quanto da política.

Assim, o fundamento em exposição encontra-se em plena consonância com o atual momento de expansão da atuação do Poder Judiciário, que ocorre a partir de uma concepção pós-positivista e a respectiva ascensão do Estado Social, atribuindo aos direitos fundamentais uma força de aplicação imediata e, destarte, o caráter de exigibilidade. Como sabido, este fenômeno torna imprescindível o acompanhamento de um posicionamento extremamente cauteloso por parte do julgador, tendo em vista o grande potencial de impacto extensivo que adere a este tipo de decisão judicial.

Como leciona Luigi Ferrajoli, com a finalidade de guardar a Constituição, esta Corte jamais poderá se furtar de garantir um direito fundamental, sob pena de negar-lhe existência (Michele Taruffo. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, in: Páginas Sobre Justicia Civil. Tradução Maximiliano Aramburo Calle. Marcial Pons. 2009. p. 21-22).

É exatamente neste sentido que surge o direito à proteção contra o desemprego no presente caso, pois vale ressaltar as palavras de Leonardo Greco, segundo o qual, “o Poder Judiciário é o poder de quem não tem poder” e, nesta perspectiva, encontra-se uma reflexão trazida por Gregório Peces-Barba Martínez³ sobre a diferenciação entre direitos fundamentais, que terá o condão de aclarar o posicionamento que é adotado neste voto.

O direito fundamental é fruto da tentativa de universalizar condições teoricamente essenciais, sem as quais, o homem não pode ter uma vida digna. Porém, é preciso observar que este universalismo é limitado pela pobreza, fome, analfabetismo e outros problemas da sociedade, como aparelhamento de sua administração pública que não busca a efetivação dos direitos fundamentais. Neste tocante, é preciso reformular o conceito de universalidade, que deve surgir a partir de uma abstração, guardando relação com a visão de que os homens são o fim e não o meio.

Os direitos sociais, nesta esteira, funcionam como estruturas para ajudar aqueles grupos que não conseguem desenvolver sua personalidade por si, tratando os desiguais na medida em que se desigualem.

Então chego ao cerne da contribuição efetiva do autor, que é a diferenciação entre os direitos fundamentais vistos como pontos de partida e como ponto de chegada. Segundo o doutrinador madrileno:

A primeira parte de uma moralidade básica em que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (art. V da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), a

³ *La Universalidad de los Derechos Humanos: “Doxa”* 2 n° 15-16. 1994. P. 629.

partir da mentalidade dos direitos naturais própria da época. Os direitos individuais, civis e políticos que brotam dessa moralidade básica e refletida em sua concepção de universalidade de ponto de partida. Historicamente aparecem misturadas as dimensões de ser e dever ser, ou por outras palavras, participa da cultura do jusnaturalismo que confunde o dever – *ens et bonum convertuntur*.

A segunda que chamamos de universalidade como ponto de chegada distingue claramente entre *ser e deve ser*. No *ser*, na realidade de muitas relações sociais a desigualdade torna impossível falar de universalidade, ou, se visto por outra perspectiva, a moralidade básica dos direitos – liberdade, igualdade, solidariedade e seguridade –, que prega a universalidade racional, pode afetar essas situações. O que se gera a partir da comparação entre a moralidade básica e a realidade da desigualdade de certos grupos é a consciência da necessidade de ações positivas para superar essa situação e restabelecer o equilíbrio entre aqueles que podem, por si só, resolver seus problemas de educação e saúde, segurança social, habitação, etc., e que não estão em relações sociais de inferioridade (mulheres, crianças, deficientes, consumidores, etc), com os que não são capazes por si só para satisfazer determinadas necessidades básicas ou para atuar nas relações sociais em condições de igualdade. (tradução livre do espanhol)

O que se depreende da distinção ora trazida a esta Corte Constitucional é que, ao reconhecer a existência de um direito fundamental social, classificado como “de chegada”, torna-se imperiosa a atuação concreta e positiva do Judiciário, sob pena de esvaziar o texto e os objetivos da Carta Magna e, por consequência, impedir o desenvolvimento dos direitos de liberdade e da personalidade.

Partindo deste pressuposto, é preciso considerar também este argumento como parâmetro interpretativo antes do pronunciamento final a respeito do presente caso, haja vista os interesses constitucionalmente protegidos em colisão.

Em outras e pormenorizadas palavras, ao julgar a constitucionalidade do diploma legal municipal, em um prisma socioeconômico, faz-se mister sopesar se o impacto positivo da proibição imediata da queima de cana na produtividade é constitucionalmente mais relevante do que o pacto social em que o Estado brasileiro se comprometeu a conferir ao seu povo o pleno emprego para o completo gozo de sua dignidade.

Note-se que mesmo o aumento da produtividade não será imediato, tampouco garantido, porquanto os dados técnicos apresentados não têm o condão de gerar um grau de certeza quanto à efetiva e plena implantação do maquinário em todas as áreas destinadas hodiernamente ao cultivo de cana.

Consectariamente, este Tribunal está diante de um conjunto fático composto pelo certo e previsível desemprego em massa, juntamente com uma mera possibilidade de aumento de produtividade, sendo oportuno ressaltar que este lucro trazido pela mecanização é um fato comprovado. Todavia, o que advoga em seu desfavor nesta ação é a falta de previsibilidade da implementação das condições mínimas para o uso das colheitadeiras, pois que são inexistentes em grande parte do território nacional atualmente.

Sendo assim, mais uma vez, nós, eminentes pares, devemos nos investir no papel de guardião da Constituição, na defesa do interesse da minoria qualitativamente representada pela classe de trabalhadores canavieiros, que merecem proteção, diante do chamado progresso tecnológico com a respectiva mecanização, trazido pela pretensão de proibição imediata da colheita da cana mediante uso de fogo.

Reitero aqui, com as *venias* devidas, as lições valiosíssimas de Ferrajoli sobre “o Direito como sistema de garantias” (*In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). O novo em Direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 101-102*), que retrata com muita acuidade o panorama atual que justifica o posicionamento ora adotado:

É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição.

Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”.

Com o dever de garantir a concretude dos direitos fundamentais, evidencia-se um caráter legitimador deste fundamento protecionista da classe trabalhadora, o que leva ao viés representativo da camada menos favorecida, cujos interesses estão em jogo.

Especificando em outros termos, quero dizer que o Judiciário está inserido na sociedade e, por este motivo, deve estar atento também aos seus anseios, no sentido de ter em mente o objetivo de saciar as necessidades, visto que também é um serviço público. A partir de então, destaco dois pontos: (i) a identificação destas necessidades e (ii) sua conseqüente satisfação por meio da representatividade.

É certo que a busca contemporânea pela eficiência do Poder Judiciário parte da premissa de reconhecimento de que a judicatura é um serviço público e, por este

motivo, deve andar em consonância com os anseios da sociedade da qual participa. Um dos maiores expoentes deste tema é o grande processualista Loïc Cadiet, que aponta a inserção da doutrina do *new public management* na perspectiva jurisdicional⁴.

Complementarmente a esta questão, no âmbito da legitimidade, cabe a reflexão de Bruno Bodart sobre a lição de Cass Sustein na obra *A Constitution of Many Minds*, segundo a qual “os juízes devem decidir como acharem apropriado, mesmo que caia o céu. Entretanto, se houver perigo verdadeiro desta hipótese ocorrer, talvez os juízes não devam adotar o que pensam”⁵.

É exatamente o caso que está sendo julgado nesta Corte no momento. Mesmo que seja mais benéfico, para não dizer inevitável, optar pela mecanização da colheita da cana, por conta da saúde do trabalhador e da população que vive nas proximidades da área de cultura, pelo aumento significativo da produtividade e conseqüente lucro, não se pode deixar de lado o meio pelo qual se considere mais razoável de obtenção deste objetivo: proibição imediata ou eliminação gradual.

Por óbvio, afigura-se muito mais harmônico com a disciplina constitucional, a eliminação planejada e gradual da queima da cana.

Por último, adentrando no plano ambiental, resta a necessidade de se refletir quanto à poluição. Se de uma parte a queima traz prejuízos, de outro, a utilização de máquinas também gera impacto negativo ao meio ambiente. Conforme esclarecido na audiência pública e mencionado no relatório, a decomposição da cana gera gás metano, o que contribui para o efeito estufa, além do surgimento de ervas daninhas e o conseqüente uso de pesticidas e fungicidas.

Portanto, em que pese a inevitável mecanização total no cultivo da cana, é preciso reduzir ao máximo o seu aspecto negativo. Assim, diante dos valores sopesados, editou-se uma lei estadual que cuida da forma que entende ser devida a execução da necessidade de sua respectiva população. Tal diploma reflete, sem dúvida alguma, uma forma de compatibilização desejável pela sociedade, que, acrescida ao poder concedido diretamente pela Constituição, consolida de sobremaneira seu posicionamento no plano jurídico estadual como um *standard* a ser observado e respeitado pelas demais unidades da federação adstritas ao Estado de São Paulo.

Encerrada esta breve análise de cunho fático, multidisciplinar e principiológico, cabe adentrar ao estudo efetivamente jurídico do assunto tratado no presente caso.

A tese discutida, em verdade, é simples: o Município de Paulínia, ao legislar sobre a proibição da queima de cana-de-açúcar, afrontou a regra descrita no art. 24, VI da Constituição Federal ou simplesmente se utilizou da norma constante no art. 30, I e II também da Constituição Federal, que permite legislar sobre interesse local supletivamente?

⁴ Better Administering for Better Judging. International Journal For Court Administration. 2002.

⁵ BODART, Bruno Vinicius da Rós. *Quem tem medo do povo?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-09/lei-ficha-limpa-assistimos-advento-stf>>.

Se o questionamento é simples, o mesmo não se pode dizer de sua solução, que é bastante complexa. Basta compreender que sua solução envolve o conceito de interesse local e a definição *in concreto* dos limites, estabelecidos pela Constituição, da competência legislativa dos entes da federação.

Ao tentar traçar um esboço do conceito de interesse local, é interessante observar o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meireles, segundo o qual “se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.” (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.)

Falei especificamente em **conceito** de interesse local, ao invés de definição, visto que, esta somente será obtida mediante análise de cada caso concreto. Daí, a necessidade de se ter em mente a lição acima transcrita, pois é precisamente o que se passa neste julgamento: o meio ambiente equilibrado é interesse de todos os entes da federação, sendo imprescindível, para a solução correta do problema, identificar qual é o predominante.

Para tanto, faz-se mister apresentar o trecho da obra de Sandra Krieger Gonçalves Silva que, com muita acuidade, destaca os aspectos mais relevantes do papel do município dentro dos parâmetros delineados constitucionalmente, permitindo-nos, desta maneira, uma melhor compreensão do que se revela ser o interesse local:

Não se pode olvidar que na pirâmide do Estado Federado, a base, o bloco modular é o município, pois é nesse que reside a convivência obrigatória dos indivíduos. **É nesta pequena célula, que as pessoas exercem os seus direitos e cumprem suas obrigações; é onde se resolvem os problemas individuais e coletivos. Está no Município a escola da democracia.** É no Município que se cuida do meio ambiente; é nele que se removem os detritos industriais e hospitalares e se recolhe o lixo doméstico; é nele que as pessoas transitam de casa para o trabalho nas ruas e avenidas, nos carros, coletivos e variados meios de transporte. É no Município que os serviços públicos são prestados diretamente ao cidadão; é nele que os indivíduos nascem e morrem. Para regular tão extenso âmbito de fatores e relações, outorgou a Constituição de 1988, ao legislador local, a competência legislativa sobre a vida da comunidade, voltada às suas próprias peculiaridades, através da edição de normas dotadas de validade para esse ordenamento local. A expressão haurida do texto constitucional tem, como sobejamente dito e repetido, a limitar seu âmbito de aplicação, a regra constitucional da competência, sem cuja interpretação sistemática destinaria toda análise do tema ao fracasso. Isto porque, no âmbito geral, enquanto a competência federal privativa é numerada pela Constituição de 1988, a estadual

é residual e a municipal é expressa, mas não numerada, gravitando em torno do conceito operacional de interesse local. (*O município na Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.p. 107-108) (grifei)

Portanto, não se pode olvidar da função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão, garantindo-lhe, na medida do possível, por conta da conhecida e sempre presente insuficiência de recursos, a satisfação de todas as suas primeiras necessidades.

Dessa forma, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado. Mas, conforme já afirmado anteriormente, trata-se de uma questão de identificação da preponderância destes interesses notadamente comuns. A partir deste impasse é que se recorre ao texto constitucional para extrair a *mens legis* da distribuição de competência legislativa.

O art. 24 da Constituição Federal estabelece uma competência concorrente entre União e Estados-membros, determinando a edição de norma de caráter genérico pela primeira e de caráter específico na segunda hipótese.

Sendo assim, o constituinte originário definiu que o sistema formado pela combinação da legislação estadual com a edição de um diploma legal federal traduz a disciplina de todos os interesses socialmente relevantes para os temas elencados no citado dispositivo.

Destarte, interessa analisar o caso do ponto de vista sistêmico, visto que no âmbito das normas gerais federais, a orientação do legislador segue no mesmo sentido da disciplina estabelecida a nível estadual. As normas federais paradigmáticas que tratam do assunto, expressamente apontam para a necessidade de se traçar um planejamento com o intuito de se extinguir gradativamente o uso do fogo como método despachador e facilitador para o corte da cana. Neste sentido, destaco o Código Florestal vigente (Lei nº 12.651/2012), que, no seu art. 40 determina a instituição de uma política nacional para redução desta forma de colheita:

Art. 40 O Governo Federal deverá estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais, que promova a articulação institucional com vistas na substituição do uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas. (grifei)

Cabe ainda trazer ao debate o Decreto nº 2.661/1998, que regulamenta o emprego de fogo em práticas agropecuárias e florestais, que estabelece um capítulo

específico para disciplinar a forma de mecanização gradual de cultivo, conforme se verifica pelos dispositivos ora transcritos:

CAPÍTULO IV

DA REDUÇÃO GRADATIVA DO EMPREGO DO FOGO

Art. 16 O emprego do fogo, como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita, **será eliminado de forma gradativa**, não podendo a redução ser inferior a um quarto da área mecanizável de cada unidade agroindustrial ou propriedade não vinculada a unidade agroindustrial, a cada período de cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto.

§ 3º **As novas áreas incorporadas ao processo de colheita mecanizada**, nos termos do parágrafo anterior, **terão a redução gradativa do emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte da cana-de-açúcar** conforme o *caput* deste artigo, contada a partir da publicação do novo conceito de área mecanizável.

Art. 17 A cada cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto, será realizada, pelos órgãos competentes, avaliação das consequências sócio-econômicas decorrentes da proibição do emprego do fogo para promover os ajustes necessários nas medidas impostas. (grifei)

Há que se contemporizar, numa análise temporal, o conflito legislativo, visto que a lei municipal foi editada muito anteriormente à lei estadual. Assim, enquanto não havia uma política pública planejada para tratar do assunto e, havendo nítido interesse na questão, não é possível identificar problema acerca da existência de tratamento municipal.

Porém, quando o Estado de São Paulo se manifesta sobre a matéria ambiental disciplinando-a, seguindo o mandamento de sua respectiva constituição, resta a necessidade de saber se existe uma lacuna que dê ensejo à manutenção da vigência da lei municipal.

Impende concluir, pois, que não se trata de uma hipótese em que se verifica a ausência de exercício da competência legislativa. Vale lembrar que a Corte Constitucional já se deparou com questão análoga a esta tese, quando julgou a constitucionalidade da proibição da comercialização de materiais feitos de amianto na ADI 3.937-MC/SP (Rel. Min. Marco Aurélio Mello).

Embora a análise tenha se dado pelo conflito entre lei estadual *versus* lei federal, sua aplicabilidade ao caso em tela é perfeitamente possível, pois há também um conflito de competência entre dois entes federados distintos, no qual há uma relação de **residualidade** conferida pela Constituição. Naquela ocasião, uma das

teses reconhecidas foi de que se o ente competente exaure a matéria, não poderá ser limitado por quem tem a opção de complementar à disciplina adotada.

O posicionamento adotado na ocasião reafirmou a jurisprudência cristalizada por esta Corte, como é possível observar pelo *leading case* sobre lei estadual que proibia o uso de determinados produtos em razão da proteção da saúde. A Representação 1153/RS (Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 16/05/1985), ilumina vivamente o caminho para o correto deslinde deste julgamento, conforme se observa a partir de sua ementa:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 7.747, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1982, EM CONJUNTO COM OS DECRETOS Nºs 30.787, DE 22/7/1982, E 30.811, DE 23/8/82, TODOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE DEFESA E PROTEÇÃO A SAÚDE (ARTIGO 8º, XVII, C, DA C.F.), E, SUPLETIVAMENTE, DOS ESTADOS (PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 8º). SUPREMACIA DA LEI FEDERAL. LIMITES. CARÁTER SUPLETIVO DA LEI ESTADUAL, DE MODO QUE SUPRA HIPÓTESES IRREGULADAS, PREENCHENDO O “VAZIO”, O “BRANCO” QUE RESTAR, SOBRETUDO QUANTO AS CONDIÇÕES LOCAIS EXISTÊNCIA, *IN CASU*, DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE REGULA A ESPÉCIE. INCONSTITUCIONALIDADE DA DEFINIÇÃO DE AGROTÓXICOS E OUTROS BIOCIDAS POR LEI ESTADUAL; OU DA FIXAÇÃO DE NORMAS GERAIS E PARÂMETROS PARA A CLASSIFICAÇÃO TOXICOLÓGICA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELECEER PROIBIÇÕES A PRODUÇÃO, COMÉRCIO E CONSUMO DE MERCADORIAS QUE CONTENHAM SUBSTÂNCIAS NOCIVAS. PODER DE POLÍCIA DO ESTADO – LIMITES. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE, EM PARTE. INCONSTITUCIONALIDADE, NA LEI Nº 7.747, DE 22/12/1982: DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 1º; DA ALÍNEA A, DO PARÁGRAFO 3º, DO ARTIGO 1º; DA PARTE FINAL DA ALÍNEA B; DO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 1º: “OBEDECENDO, NO MÍNIMO, AS NORMAS E PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ANEXO I, DA PRESENTE LEI”; DA PARTE FINAL DA ALÍNEA C, DO PARÁGRAFO 3º, DO ARTIGO 1º: “CONTENDO, NO MÍNIMO, OS DADOS CONSTANTES DO ANEXO II, DESTA LEI”; DA ALÍNEA D, DO PARÁGRAFO 3º, DO ARTIGO 1º; DO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 1º; DO ARTIGO 3º – *CAPUT*; DO ARTIGO 5º (COMO CONSEQUÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 30.787/82); NO ARTIGO 7º, A PARTE FINAL: “ENTENDENDO-SE COMO TAIS OS ZOOTECNISTAS, MÉDICOS-VETERINÁRIOS E ENGENHEIROS FLORESTAIS”; O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º; OS ANEXOS I E II.”

Por sua vez, em outro *leading case*, constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4060, de minha relatoria, este Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento que:

a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia” e de que “não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios.

Conforme demonstrado anteriormente, é forçoso admitir que todo o sistema do meio ambiente no tocante ao caso dos autos propõe uma determinada solução estrita, qual seja, planejar a diminuição gradual da queima da cana, enquanto o diploma normativo atacado disciplina de maneira completamente diversa, na contramão da intenção que se extrai do plano nacional, encontrando-se na vedação fixada por este Supremo Tribunal.

É, pois, cristalino que o tratamento dispensado pela legislação municipal vai de encontro ao sistema estruturado de maneira harmônica entre as esferas federal e estadual.

Por conseguinte, sendo certo que o controle da lei municipal é do ponto de vista material, mister se faz analisar se a solução proposta por ela é proporcional sob a ótica constitucional.

Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy⁶. Sua operacionalização é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira fase, a adequação investiga a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido. Obviamente a promoção da finalidade colimada admite graus distintos de intensidade, qualidade e certeza. Por razões democráticas e técnicas, ligadas, respectivamente, à soberania popular (CRFB, art. 1º, parágrafo único) e à Separação dos Poderes (CRFB, arts. 2º c/c 60, §4º, III), deve-se respeitar a vontade objetiva do

⁶ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

Legislativo e do Executivo⁷. Assim, a adequação é satisfeita com a simples escolha de um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro. A anulação de atos estatais, nesta fase, somente será justificável quando a inadequação da medida for evidente.

Na segunda etapa do exame de proporcionalidade, investiga-se a *necessidade* ou *exigibilidade* da medida estatal. Procede-se, aqui, a uma análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido. O objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los tanto em relação ao grau de adequação à finalidade pública, quanto ao impacto sobre bens jurídicos contrapostos. Quer-se, com isso, evitar qualquer excesso da intervenção estatal, interditando que o Poder Público se valha de termos mais gravosos quando existentes alternativas igualmente eficazes, porém menos incisivas sobre a esfera jurídica de terceiros.

Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a abalizada lição de Robert Alexy: “quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁸. É a lei da ponderação. Pretende-se, com ela, aquilatar a importância dos bens jurídicos em jogo, fundamentando juridicamente a calibragem das restrições derivadas da intervenção estatal.

Nesse sentido, observa-se sem maiores dificuldades, a partir de todo o exposto no presente caso, que a solução trazida pela legislação ora questionada encontra óbice nas duas fases finais de análise da proporcionalidade, enquanto já se prevê uma solução menos gravosa pelo ordenamento que equilibra de maneira mais correta a relação custo-benefício. Desta feita, é intransponível a conclusão pela inconstitucionalidade material da norma em voga.

Como já antecipado no início do voto, há uma sensível e importantíssima distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, mas é indubitável que as duas normas tratam do mesmo tema, que é a queima da cana-de-açúcar para sua colheita.

Ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado e, portanto, deve-se utilizar o mesmo raciocínio em face da ausência de lei federal genérica prévia à edição de lei estadual que regulamente determinada matéria, hipótese esta em que se suspende a eficácia da lei estadual no que contrariar a norma genérica federal.

Sendo assim, é nítido que solução semelhante deve ser adotada no presente caso, com a ressalva de que, como o município de Paulínia passa a atuar no âmbito

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178-182.

⁸ ALEXY, Robert. “On balancing and subsumption: a structural comparison” in: *Ratio Juris*, vol. 16, nº 14, Oxford, dezembro-2003, p. 436 – tradução livre do original.

de competência do Estado de São Paulo, contrariando-o de sobremodo, acaba por afrontar a respectiva constituição estadual.

Por sua vez, no plano pragmático, optar pela constitucionalidade do diploma da municipalidade acarretaria a ineficácia do planejamento traçado nacionalmente, especialmente quando se observa que vários municípios do Estado de São Paulo, no plano concreto, optaram por proibir a queima de cana, o que esvaziaria o comando normativo de quem é competente para regular o assunto, que é o Estado de São Paulo, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição.

Destarte, a partir da análise René Savatier («*L'inflation législative et l'indigestion du corps social*», Paris, Dalloz, 1977, nº V), a infinidade de normas jurídicas que seriam endossadas sobre o tema, em nome de um inexistente interesse local, gerariam uma desvalorização legal, ocorrendo, em verdade, o reforço da chamada *inflation législative*, impedindo a aplicação de um direito positivo de maneira eficaz e pacífica, já que o caráter complementar excepcional se subverteria como regra de ampla aplicação.

À vista de todo quadro trazido a este Plenário, em nome da manutenção da autoridade da Constituição, seja no plano político e socioeconômico no exercício do reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais, seja no plano jurídico, o qual também tem na distribuição de competências, a necessidade de imposição da manutenção do pacto federativo, não se pode permitir a permanência da norma questionada em vigor, sendo certo que o respeito à lei estadual paulista nº 11.241/2002 reflete a harmonia exigida pela nossa Carta Magna.

Ex positis, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia.

É como eu voto, Sr. Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar o eminente Ministro Luiz Fux pelo voto minucioso, doutrinariamente profundo. Sobretudo, por ter conduzido uma audiência pública em uma matéria que não apenas era interdisciplinar como dependia do conhecimento e do esclarecimento de um conjunto de matérias de fato. Até porque, a solução abstratamente mais simpática era a solução de simplesmente proibir essa queimada, porque ninguém discute que isso seja nocivo ao meio ambiente.

Eu gostaria de destacar, Presidente, num voto muito curtinho, que eu entendo que existe competência político-administrativa do município em matéria de proteção do meio ambiente e de combate à poluição, por disposição expressa do artigo 23, VI, da Constituição, portanto, há, a meu ver, competência político-administrativa nessa matéria. E, igualmente, entendo que há competência legislativa, portanto,

não apenas político-administrativa, mas também legislativa, em matéria ambiental, seja por dizer respeito a peculiar interesse do município, seja o exercício de uma competência suplementar, na esteira da legislação estadual. Portanto, eu reconheço, em tese, legitimidade ao município para dispor sobre essas questões.

O que eu verifiquei, aqui, todavia, do voto do eminente Ministro Luiz Fux, é que existe uma incompatibilidade entre a lei estadual, na matéria, e a lei municipal. E, portanto, havendo uma incompatibilidade, eu acho que a discussão se desloca um pouco da competência abstrata e passa para o plano mais concreto de saber qual é o interesse que deve, neste caso, ter prioridade, ou seja, qual é o âmbito de interesse. E, aí, eu chego a duas conclusões, examinando essa matéria mais detidamente, primeiro: que os interesses transcendem ao âmbito municipal, é um interesse mais abrangente do que estritamente o interesse do Município de Paulínia. E, de parte disso, Presidente, quando eu passo à análise de conteúdo da lei, também me convenço que o tratamento dado pela lei estadual atende mais adequadamente os mandamentos constitucionais na matéria. Porque acho que a lei estadual, ela parte do pressuposto acertado de que a proteção do meio ambiente e o combate à poluição são valores constitucionais, e que, portanto, se esta prática da queimada é lesiva ao meio ambiente, ela deve ser erradicada. Porém, este não é o único interesse constitucionalmente protegido que está em jogo aqui. Existem outros interesses, não apenas os relacionados aos trabalhadores e à conservação dos seus empregos, como a própria subsistência das pequenas empresas e dos minifúndios que atuam nesse seguimento. Portanto, me parece que a solução gradual proposta pela lei estadual realiza melhor a vontade constitucional. E acho isso, não apenas em tese, mas acho isso porque o tempo passou, já confirmado pelos fatos, tal como entendido no relatório do eminente Ministro Luiz Fux e nas sustentações da tribuna. É que, embora a lei estadual previsse um cronograma bastante alargado para a cessação dessas práticas, com a distinção entre áreas mecanizáveis e não mecanizáveis, eu observo que houve um protocolo agroambiental do setor sucroalcooleiro paulista, firmado entre o Governo do Estado de São Paulo e as usinas, que abreviou este prazo para cessação das queimadas nas áreas mecanizáveis, para 2014, e nas não-mecanizáveis, para 2017, com o resultado prático de que cerca de 80% da colheita de cana-de-açúcar do Município de Paulínia não mais utiliza esta queimada.

De modo que não tenho como não aderir à solução proposta pelo Ministro Luiz Fux, não apenas porque acho que ela é, do ponto de vista dogmático, razoável, na medida em que, diante de uma disputa legítima, devo dizer, de competências entre estado e município, Sua Excelência fez a escolha pela prevalência da competência estadual, porque o âmbito de interesse é mais alargado do que apenas o peculiar interesse do município, mas porque a solução estadual atende a outros valores – interesse dos trabalhadores e das empresas –, e a solução preconizada, em âmbito estadual, já produziu o resultado de eliminar em 80% as queimadas indesejáveis.

Eu quase não veria mais sentido em uma intervenção judicial em algo que está funcionando satisfatoriamente e evoluindo de maneira satisfatória. Portanto, louvando uma vez mais o voto do Ministro Fux, tanto pelo voto teórico como pela proficiência

com que deslindou as questões práticas, eu estou acompanhando Sua Excelência para dar provimento ao recurso extraordinário. A única coisa que não fizemos ainda, Ministro Fux, Vossa Excelência talvez possa propor – é matéria de repercussão geral –, seja a tese que nós estaremos afirmando.

De modo que eu estou acompanhando, Presidente, o Relator.

• • •

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, do ponto de vista material, não veria nenhuma inconstitucionalidade nessa lei. Parece-me que não há uma vedação constitucional à edição de uma medida legislativa que venha proibir a queima da palha de cana-de-açúcar. Não me parece que o argumento de que a proibição vai prejudicar empresas ou que vai reduzir a utilização de emprego seja um argumento que possa ser avaliado adequadamente no âmbito do controle concentrado, já que produz, em seu conteúdo, um juízo de política legislativa no Município de Paulínia, em São Paulo.

Mas, do ponto de vista formal, a inconstitucionalidade se faz presente, como demonstrou o Ministro Luiz Fux, cujo voto, nesse ponto acompanho.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, também começo louvando o belo voto do Ministro Fux – como sempre –, mas quero louvar da mesma forma, porque fiquei encantada, o voto do desembargador Renato Nalini, que foi o relator deste feito no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Se eu tinha alguma dúvida com relação à inconstitucionalidade formal, confesso que a leitura do acórdão só serviu para aguçar essa minha dúvida, ao destacar, como agora fez o Ministro Luís Roberto, que há competência, sim, do Município, forte no art. 23, VI, da Constituição Federal, para legislar – é uma competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – na proteção do meio ambiente e no combate à poluição em quaisquer das suas formas.

Diz ainda o desembargador Nalini, no seu voto, que me permito, aqui, em homenagem até a sua Excelência, ler, no sentido de que:

(...) Nem se diga que ao Município é vedado estabelecer restrições maiores do que as postas pela União ou Estado. Não ha novidade alguma nisso. O Direito Urbanístico sempre reconheceu a cada cidade, isso mesmo à luz da normatividade fundante anterior a 1988, quando o Município não integrava a federação com autonomia reforçada, restringir a ocupação do solo dentro de seus lindes.

Proibido seria atenuar as exigências da Lei nº 6.766/1979. Poucos os Municípios que perceberam os malefícios da leniência na densificação populacional, na multiplicação dos parcelamentos desconformes com as exigências urbanísticas. Nunca se discutiu a licitude de a lei municipal fixar parâmetros mais severos do que a lei federal, sempre em nome do peculiar interesse do Município, daquele que tenta evitar a favelização geral (...).

Então, remetido o tema à nossa circunstância, ou seja, ao que se debate no processo, também gostaria de lembrar que o Município é onde vive o cidadão. Tirando o Distrito Federal, nós não vivemos no Estado, na União, Estado e União são abstrações, na verdade, nós vivemos no Município, no respectivo território. Então me parece que reconhecermos uma inconstitucionalidade formal quando o Município, forte neste preceito constitucional, sai na defesa da saúde dos seus municípios, do pessoal que ali reside, é muito delicado. Diz ainda o desembargador Nalini:

Uma lei como esta não faria sentido na Capital, onde as poluições são outras. Por isso é que permitir ou proibir queimada pertine ao peculiar interesse da cidade. São os moradores de Paulínia que suportam os males da queima. A fuligem que mata. A sujeira que angustia e cria neuroses, estressa e abrevia a vida. A queda sensível da qualidade existencial de todos os moradores da região. Por isso, legal e legítima a providência da Câmara local em proibir queimadas.

E o que eu também achei interessante neste acórdão é que, no voto condutor, há relato de terem sido editadas, por diferentes Municípios – acho que 23, não sei bem quantos, o que, pelo que recordo, também foi referido da tribuna –, leis municipais com essa vedação, e que a orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo foi sendo alterada ao longo do tempo. Achei muito significativa essa evolução. Diz o voto:

Mencione-se, de início, que o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo evidenciou nítido avanço no trato desse tema, desde as primeiras ações diretas de inconstitucionalidade análogas.

Enquanto que na ação inicial foram apenas dois os votos pela improcedência e vinte e três os contrários, houve empate na ADI de Ribeirão Preto, com o desempate do Presidente do Tribunal a favor das queimadas. Já em relação à Limeira, a tese vencedora foi a da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

E continua:

Mercê dessa posição, o Governo do Estado de São Paulo já obteve compromisso do setor para abreviar o período em que a queimada controlada permitida. Já não é 2031 o ano em que São Paulo se verá livre desse flagelo, mas 2014. Não é muito, nem bastante. Mas é o reconhecimento [aí prossegue] da atuação do Estado-Juiz [nessa atividade criadora, posso dizer – não é? – do direito].

Eu tenho enorme dificuldade, Senhor Presidente, diante do art. 23, VI, da Constituição Federal, aqui neste caso concreto, por mais ponderáveis, por mais fortes que sejam as razões enunciadas no voto do eminente Relator, de concluir pela inconstitucionalidade formal. A própria legislação estadual previa, como agora o Código Florestal, um prazo. Então, na realidade, o que fez o Município? Ele restringiu o prazo.

Eu fiquei, aqui, a lembrar aquelas ações, ainda em debate neste Plenário, relativas ao amianto. Lembro do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, já proferido, e do eminente Ministro Ayres Britto, Relator de duas delas. Tenho algumas sob a minha relatoria, ainda estou refletindo sobre o tema, mas vou pedir todas as vênias ao eminente Relator para negar provimento ao recurso extraordinário.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, eu poderia apenas pedir a Vossa Excelência uma questão de ordem que seria talvez interessante.

Eu também, quando tive a oportunidade de estudar o processo, fiquei bastante impressionado, não muito, porque conheço já da carreira, o voto do Desembargador Nalini, mas eu tenho a impressão, e talvez os advogados pudessem informar, se hoje o Órgão Especial do mesmo Tribunal continua julgando no sentido em que julgou este caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não! Vossa Excelência vai se limitar exclusivamente a dar essa resposta.

O SENHOR ADVOGADO CRISTIANO SCORVO CONCEIÇÃO – Senhor Presidente, Ministro-Relator Fux, após o julgamento desta ação de Paulínia e de Limeira, como a Ministra Rosa citou, houve uma série de julgamentos de outros municípios, como sustentado na tribuna, e apenas um município, que foi o Município de Mogi Guaçu, a ADI foi julgada improcedente, outros municípios como Cedral, Mogi Mirim, outros municípios canavieiros, o Órgão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Estou satisfeito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, também me impressionam os argumentos que a Ministra Rosa traz, com muita percuciência, tal como os fundamentos trazidos pelo Ministro-Relator e pelos que o seguiram, pela circunstância de que a competência comum não estabelece uma hierarquia de matéria, mas estabelece que o que se comunica é exatamente a mesma matéria entregue às três entidades.

Entretanto, vou pedir vênia a Sua Excelência para acompanhar o voto do Ministro-Relator no sentido de dar provimento ao recurso, uma vez que, havendo legislação nacional e legislação estadual sobre o mesmo tema, e havendo divergência, não vejo como harmonizar-se o que se pretende no artigo 23, que seriam três ordens, num mesmo espaço físico, atuando e tendo que se conformar.

Recordo-me, Ministra Rosa, ainda Procuradora de Estado, que um determinado município de Minas fez uma lei estabelecendo que, naquele município, não poderia – e a matéria é municipal, sobre uso e ocupação do solo –, em nenhum local daquele solo urbano, poderia se situar penitenciária. A penitenciária é de competência do Estado. Então, se os oitocentos e cinquenta e três municípios mineiros fizessem a mesma lei, em Minas, não poderia ter penitenciária, porque o Estado não teria como, em que espaço fazer situar. Portanto, o que leva a essa harmonia entre as três ordens é exatamente, tratando do mesmo tema que seja afeto aos três, que se possa adotar um equilíbrio tal que haja uma convivência.

Eu também concordo integralmente com o que foi realçado pelo Ministro Roberto Barroso e por Vossa Excelência, no sentido de ser extremamente necessária essa interpretação que permita a maior eficácia da norma constitucional, garantindo o que Victor Nunes Leal chamou, na Constituinte de 1946, de enternecimento municipalista. É preciso querer bem ao município e saber que nesse espaço vivemos, portanto, teremos que saber o que é do peculiar interesse. Mas essa é uma matéria que vem desde a Constituição de 1891, Rui Barbosa advogando essa matéria: Peculiar interesse é o que sobreleva a ele em detrimento dos outros, e haveria a inconstitucionalidade das demais ordens espaciais. Nesse caso, no entanto, os três tratam da matéria. Houve uma contrariedade, e, aí, realmente, há um choque, que não acaba nos limites do município, porque se trata de queimada, que se estende ao subsequente.

Essa é a razão pela qual, pedindo vênia à Ministra Rosa, mas com enorme simpatia também por essa interpretação, e dizendo que os votos que foram proferidos no Tribunal de Justiça de São Paulo são realmente primorosos, em especial o do hoje Presidente Naline, mas acompanho para dar provimento ao recurso, Presidente.

É como voto.

• • •

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, também vou pedir vênias à divergência inaugurada pela ministra Rosa Weber e acompanhar o doutíssimo voto proferido pelo ministro Luiz Fux.

Sem dúvida nenhuma, estamos diante de uma matéria que está a desafiar a interpretação e a sistematização, porque, de fato, há competência formal e material do município em tema de proteção do ambiente, mas, também, é inequívoco que a disciplina, nesse caso, transcende seus limites. Se pudéssemos imaginar, em diversas áreas – e já tivemos esses casos aqui, por exemplo, em matéria de consumidor –, admitir disciplinas diversas, talvez, ao invés de felicitar-mos o consumidor, pudéssemos, por exemplo, tornar mais custosa, talvez até impossível, a regulação de determinados temas. O mesmo ocorre em matéria ambiental, não nos esqueçamos que, aqui, por exemplo, se regulam questões ligadas ao uso de água e a tantas outras. Então, é necessário que haja uma compatibilização que valorize, então, os vários vetores envolvidos.

Como Sua Excelência demonstrou em seu cuidadoso voto, aqui, houve cautelas no sentido de encaminhar para uma solução adequada, que chega, talvez, claro que num tempo deferido, ao resultado almejado de superação desse método que tantos problemas causa ao ambiente.

De modo que, com essas brevíssimas considerações e levando em conta que nós precisamos, realmente, de ajudar na precisão, na definição dessas situações de competências concorrentes, temos a obrigação de, ao longo do tempo, desenvolver esforços nesse sentido, especialmente essa competência do município, temos tido inúmeros impulsos em termos de provocação, eu peço vênias à ministra Rosa, mas acompanho o voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a manhã foi muito proveitosa, porque, como já registrado por Vossa Excelência, tivemos concretas as proficientes sustentações da tribuna, e aditaria essa visão, e, certamente, Vossa Excelência terá oportunidade de dizer a respeito, a valia do voto do relator, a proficiência do voto prolatado pelo relator.

Presidente, precisamos adotar certa flexibilidade quanto ao recurso extraordinário no processo objetivo que tem origem no Tribunal de Justiça, porque é sabença geral que o Tribunal de Justiça enfrenta a inconstitucionalidade da norma ante a Carta do Estado, não podendo, evidentemente, cogitar de exame, a partir da Lei das leis, que é a Constituição Federal.

Calha evocar, na espécie, um precedente do Tribunal, num célebre caso que houve da candidatura do Presidente Sarney ao Senado Federal, em que esta Corte assentou que o prequestionamento prescinde da menção ao dispositivo da Carta da República, que o prequestionamento é debate e decisão prévios na origem, viabilizando o cotejo, portanto, do que decidido, com as razões recursais do extraordinário, para saber-se se enquadrado ou não o recurso no permissivo que lhe é próprio.

Por isso, admito, e com largueza maior, o extraordinário nos casos em que se tenha o controle de constitucionalidade sob o ângulo da Carta Estadual na origem, e se adentre matéria, que é sensível, considerada a Federação, como é a referente à competência para legislar, considerados os três entes que, a teor do disposto na Carta, formam a República.

Interesse do Estado: há o interesse do Estado, porque em jogo se faz a própria Constituição por ele adotada, e também lei que disciplina a problemática das queimadas – refiro-me à Lei nº 11.241, de setembro de 2002.

Não desconheço, Presidente, que, no primeiro artigo do capítulo da Carta Federal alusivo ao meio ambiente, previu-se que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público” – gênero, pegando, portanto, município, estado, Distrito Federal e União – “e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Ou seja, cuidar do que já se apontou como Mãe-Terra.

Presidente, não há, na Carta da República, preceitos conflitantes. Se formos aos artigos 23 e 24, veremos que, no primeiro, há alusão à competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Essa competência concorrente comum, como está no preceito, diz respeito à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e também para fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.

Numa interpretação simplesmente gramatical, poderíamos cogitar do conflito do artigo 23 com o artigo 24, no que este último revela:

Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal” – já não há referência, portanto, aos municípios – “ legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

O artigo 24 mitiga o alcance do artigo 23 quanto à competência dos municípios. Não há qualquer conflito.

O Estado tem, na Carta, dispositivo que versa a edição de lei complementar para reger a problemática do meio ambiente. Esse dispositivo cogita de um sistema de

administração da qualidade ambiental, ou seja, do tratamento do todo, considerados os diversos municípios existentes nesse Estado-País dentro do País, que é São Paulo. Mais do que isso, há também disciplina federal, considerado o Código Florestal em vigor, decorrente da Lei nº 12.651/2012, que repete o Código Florestal pretérito aprovado pela Lei nº 4.771/1965.

Nesse Código Florestal – legislação, portanto, de âmbito maior, de observância obrigatória em âmbito maior –, é proibido o uso de fogo na vegetação, exceto em certas situações... – e há alusão às práticas agropastoris ou florestais, jungindo a queima à aprovação de órgão público. Municipal? Não. Órgão estadual ligado ao meio ambiente, e prossegue o Código, disciplinando a matéria.

O Estado de São Paulo, como já tive a oportunidade de ressaltar e também frisou o ministro Gilmar Mendes, editou a Lei nº 11.241/2002 e previu, nessa lei, no artigo 2º, que:

“Art. 2º Os plantadores de cana-de-açúcar que utilizem como método de pré-colheita” – para proteger os trabalhadores, queimando, portanto, as folhas, no que elas são afiadas e maltratam o corpo do trabalhador – “a queima da palha são obrigados a tomar as providências necessárias para reduzir a prática” – que prática? A queima –, “observadas as seguintes tabelas:”

Seguem as tabelas, começando do ano de 2002 e terminando no ano de 2031:

“ÁREA MECANIZÁVEL ONDE NÃO SE PODE EFETUAR A QUEIMA DA QUEIMA.”

Versam-se percentagens de abolição da queima dessas áreas, de forma progressiva, chegando-se, em 2021, à eliminação total da queima:

“ÁREA NÃO MECANIZÁVEL, COM PERCENTAGEM DE ELIMINAÇÃO DECLIVIDADE SUPERIOR A 12% E/OU DA QUEIMA MENOR DE 150ha (cento e cinquenta hectares) ONDE NÃO SE PODE EFETUAR A QUEIMA.”

Também se tem as percentagens e se chega à eliminação total – no tocante a essas áreas, que são muito restritas – no ano de 2031.

Presidente, não posso enquadrar a matéria como de interesse local, como de interesse específico de um único município, que seria o município de Paulínia. O interesse é abrangente, atraindo, portanto, para a disciplina do tema, a competência do Estado, no que apanhados outros municípios.

Ante esse contexto e a existência de providências estaduais para eliminar a queima, que realmente tem aspectos supernegativos – mas devemos sopesar valores e ter presente a integridade física do trabalhador –, creio que não há espaço para tratamento diferenciado da matéria pela Câmara de Vereadores, pelo município.

Por isso, ressaltando a profundidade do voto do relator, a ideia salutar de ter realizado audiência pública, ouvindo os diversos segmentos interessados, e também as sustentações feitas da tribuna – e Vossa Excelência já aludiu a elas –, provejo o recurso para julgar procedente o pedido formalizado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade que foi apreciada, em primeira instância, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto, homenageando, de qualquer forma, creio que foi relator da ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça, o Colega, douto, hoje Presidente da Corte, José Renato Nalini.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Reconheço que o Município dispõe de competência para legislar sobre o meio ambiente, desde que o faça nos limites do interesse local, em ordem a que a regulação normativa municipal esteja em harmonia com as competências materiais constitucionalmente deferidas à União Federal e aos Estados-membros.

Esse entendimento tem apoio em autorizado magistério doutrinário (SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 81/82, item nº 14, 9ª ed., 2011, Malheiros; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 219/220, item nº 4.2, 2012, Saraiva; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 442/444, item nº 3, 2013, Malheiros), como se depreende da expressiva lição de PAULO DE BESSA ANTUNES (*Direito Ambiental*, p. 110/111, item nº 2.3, 15ª ed., 2013, Atlas):

O artigo 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; **suplementar a legislação federal** e estadual no que couber; **promover**, no que couber, **adequado** ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Parece claro, na minha análise, **que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais** e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os

problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. **É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente.** Na verdade, entender que os Municípios não têm competência ambiental específica é fazer uma interpretação puramente literal da Constituição Federal. (grifei)

Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que assiste ao Município competência constitucional para formular regras e legislar sobre proteção e defesa do meio ambiente, que representa encargo irrenunciável que incide sobre todos e cada um dos entes que integram o Estado Federal brasileiro.

É por esse motivo que tive o ensejo de decidir, nesta Corte Suprema, sobre esse particular aspecto da competência dos Municípios, **fazendo-o** em decisão assim ementada:

(...) **Competência do Município** para dispor sobre preservação e defesa da integridade do meio ambiente. **A incolumidade** do patrimônio ambiental **como expressão** de um direito fundamental constitucionalmente atribuído à **generalidade** das pessoas (RTJ 158/205-206 – RTJ 164/158-161, v.g.). A questão do meio ambiente como um dos tópicos **mais** relevantes da presente agenda nacional e internacional. **O poder de regulação** dos Municípios **em tema** de formulação de políticas públicas, de regras e de estratégias **legitimadas** por seu peculiar interesse e **destinadas a viabilizar**, de modo efetivo, a proteção local do meio ambiente. (...). (RE 673.681/ SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política **traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.**

Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento **de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.**

Trata-se – consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO) com apoio em douda lição expendida por CELSO LAFER (*A reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras) – **de um típico direito de terceira geração** (ou de **novíssima** dimensão), **que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano.**

Tal circunstância, por isso mesmo, justifica a especial obrigação – **que incumbe** ao Estado e à própria coletividade (MACHADO, Paulo Affonso Leme.

Direito Ambiental Brasileiro, p. 121/123, item nº 3.1, 13ª ed., 2005, Malheiros) – de defender e de preservar essa magna prerrogativa em benefício das presentes e das futuras gerações, **evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais** marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade **na proteção** da integridade *desse bem essencial de uso comum de todos quantos* compõem o grupo social.

Vale referir, neste ponto, até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional **em tema de direitos humanos, que estes**, em seu processo de afirmação e consolidação, **comportam diversos níveis de compreensão e abordagem**, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica (RTJ 164/158-161, v.g.).

Nesse sentido, é de assinalar que os direitos de terceira geração (ou de **novíssima** dimensão), **que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente**, e de modo difuso, **a todos** os integrantes dos agrupamentos sociais, **consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado** dos denominados *direitos de quarta geração* (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), **um momento importante** no processo de expansão e de reconhecimento dos direitos humanos, **qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (LAFER, Celso. *Desafios: ética e política*, p. 239, 1995, Siciliano).

Cumpra rememorar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, **a precisa lição** ministrada por PAULO BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, p. 481, item nº 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), **que confere** particular ênfase, **entre os direitos de terceira geração** (ou de **novíssima** dimensão), **ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado**:

Com efeito, **um novo polo jurídico** de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. **Dotados** de altíssimo teor de humanismo e universalidade, **os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se** neste fim de século **enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo**, de um grupo ou de um determinado Estado. **Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo**, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. **Emergem eles da reflexão sobre temas referentes** ao desenvolvimento, à paz, **ao meio ambiente**, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (grifei)

A preocupação com a preservação do meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 123/124, item nº 3.2, 13ª ed., 2005, Malheiros) – **tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade.**

A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional (NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito Ambiental Internacional*, 2ª ed., 2002, Thex Editora), **particularmente no ponto em que se reconheceu ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.**

Extremamente valioso, sob o aspecto ora referido, o douto magistério expendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Ambiental Constitucional*, p. 69/70, item nº 7, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros):

A “Declaração de Estocolmo” abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “direito fundamental” entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de “direitos a serem realizados” e “direitos a não serem perturbados”.

.....

O que é importante (...) é que se tenha a consciência de que **o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.** Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: **“a qualidade da vida”. (grifei)**

Dentro desse contexto, emerge, com nitidez, a ideia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais (pelos Municípios, inclusive), qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Polícia do Meio Ambiente, in: Revista Forense 317/179, 181; BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira, in: Revista Forense 317/161, 167-168, v.g.).

Na realidade, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, em um sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social.

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, tal como se qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui, portanto, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente enfatizado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional, como enfatizado por autores eminentes (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, p. 223/224, item nº 132, 1989, Saraiva; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 46/57 e 58/70, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros).

São todos esses motivos que têm levado o Supremo Tribunal Federal a consagrar, em seu magistério jurisprudencial, o reconhecimento do direito de todos à integridade do meio ambiente e a competência de todos os entes políticos que compõem a estrutura institucional da Federação em nosso País, com particular destaque para os Municípios, em face do que prescreve, quanto a eles, a própria Constituição da República (art. 30, incisos I, II e VII, c/c o art. 23, incisos II e VI):

A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

– **Todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe ao Estado e à própria coletividade a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e das futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos

se impõe, **na proteção desse bem essencial** de uso comum das pessoas em geral. **Doutrina.**

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

– A **incolumidade** do meio ambiente **não pode ser comprometida** por interesses empresariais **nem ficar dependente** de motivações de índole meramente econômica, **ainda** mais se se tiver presente **que a atividade econômica**, considerada a disciplina constitucional que a rege, **está subordinada**, entre **outros** princípios gerais, **àquele que privilegia** a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), **que traduz** conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. **Doutrina.**

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional **objetivam viabilizar a tutela efetiva** do meio ambiente, **para que não se alterem** as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, **o que provocaria** inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, **além de causar** graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico **ou** natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.

– O **princípio do desenvolvimento sustentável**, além de impregnado de caráter **eminentemente** constitucional, **encontra** suporte legitimador em compromissos internacionais **assumidos** pelo Estado brasileiro e **representa** fator de obtenção do justo equilíbrio **entre** as exigências da economia e as da ecologia, **subordinada**, no entanto, a invocação desse postulado, **quando** ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, **a uma condição inafastável**, cuja observância não comprometa **nem** esvazie o **conteúdo essencial** de um dos mais significativos direitos fundamentais: o **direito à preservação** do meio ambiente, **que traduz** bem de uso comum **da generalidade** das pessoas, **a ser resguardado** em favor das presentes e futuras gerações.

.....
– **É lícito ao Poder Público** – **qualquer** que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros,

Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras **e/ou** a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências **abstratamente** estabelecidas em lei, **não resulte comprometida a integridade** dos atributos que justificaram, **quanto** a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Resulta claro, desse modo, em face do que venho de expor, que esta Suprema Corte **tem reconhecido que o Município, também ele, dispõe de competência** para legislar e editar normas de proteção ao meio ambiente e de defesa da saúde dos cidadãos.

O exame do presente litígio, **no entanto, impõe que se defina a extensão – que não é ilimitada – do poder normativo** que a Constituição da República atribui aos Municípios **em tema de defesa e preservação do meio ambiente, considerado, especialmente, o que dispõem** os incisos I e II do art. 30 da Lei Fundamental.

O eminente Ministro LUIZ FUX, *em seu magnífico voto, demonstrou, em face da própria teoria da Federação e do nosso sistema de repartição de competências,* que a Lei municipal nº 1952, de 20/12/95, **editada** pelo Município de Paulínia/SP, **ultrapassou** os limites materiais *conformadores* das atribuições normativas locais.

Por tais razões, e não obstante as sempre doutas considerações expostas pela eminente Ministra ROSA WEBER, **peço-lhe vênia para, acompanhando** o Senhor Ministro Relator, **conhecer e dar provimento ao presente** recurso extraordinário **deduzido** pelo Estado de São Paulo.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu, inicialmente, quero louvar o excelente, brilhante e profundo voto de meu colega distinto do Tribunal de Justiça de São Paulo, com quem trabalhei durante longa data, hoje presidente daquela Corte, e uma pessoa que há muito tempo vem se dedicando à defesa do meio ambiente. São Paulo, inclusive, foi um tribunal pioneiro em criar uma câmara especial para julgar questões de meio ambiente. Então é um voto primoroso, um voto que realmente merece inclusive figurar num livro de textos sobre meio ambiente. Mas, *data venia*, eu vou acompanhar o excelente voto do Ministro Luiz Fux, que não apenas examinou as questões constitucionais, infralegais, mas também mergulhou nas questões pragmáticas dessa questão importante que este Supremo Tribunal Federal está decidindo. E eu tenho certeza que chegou a essa conclusão tendo em conta a audiência pública que fez, onde ouviu todas as partes interessadas.

Eu queria registrar também, de forma muito breve, sem querer teorizar, porque todos aqui conhecem muito bem essa matéria, o Brasil, e o federalismo de um modo geral,

há muito tempo ingressou naquilo que se chama de federalismo de cooperação ou de integração, onde há um entrelaçamento de competências e um compartilhamento de rendas. É o caso do Brasil tipicamente. Nós saímos de um federalismo dual, inspirado no federalismo norte-americano, com duas esferas estanques de competências e rendas, e hoje nós temos, como dizia o professor Miguel Reale nas aulas que eu assistia, um federalismo *sui generis* com três níveis político-administrativos.

Mas o que ocorre é que esse compartilhamento de rendas tem que ser, em primeiro lugar, um compartilhamento equitativo, ou seja, deve atender às necessidades de cada ente federativo. Isso, de certa maneira, e lamentavelmente, não ocorre como deveria ocorrer em nossa Constituição. Nós sabemos que nós estamos às vésperas de uma reforma tributária que se faz necessária há muito tempo. De outro lado, o entrelaçamento de competências deve levar à harmonia do concerto federativo, da associação federativa, e não à sua fragmentação, como, neste caso, parece estar ocorrendo.

Eu concordo com o que foi dito pelos meus eminentes Pares que me antecederam que o Município tem, sim, competência para legislar em matéria ambiental, quando mais não fosse, por força do artigo 23, inciso VI, tão bem lembrado pela Ministra Rosa Weber. Mas, evidentemente, essa competência em matéria de meio ambiente, de combate à poluição, deve restringir-se ao interesse local. E o Ministro Barroso, assim como o Ministro Celso de Mello, lembrou muito bem que, neste caso, existem outros valores em jogo que transcendem o interesse puramente local.

Para não me alongar muito, ficaria em apenas alguns, por exemplo, o artigo 5º, inciso IV, que lista os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, indica, com muita clareza, a proteção do trabalho e da iniciativa privada. E, como foi dito – e o Ministro Luiz Fux apurou isso, com toda certeza, na audiência pública, e nós que somos de São Paulo temos bem presente isso –, a queimada, pelo menos por ora, protege o trabalhador de lesões muito graves, porque a folha da cana-de-açúcar é cortante. O Ministro Marco Aurélio, no intervalo do café, fazia alusão a isso; e esse é um dado que impressiona muito. E há outros valores extremamente importantes que são da área na qual há muitos anos milita a eminente Ministra Rosa Weber, que são aqueles listados no artigo 6º, *caput*, da nossa Carta Magna, que são, justamente, a proteção do trabalho, mas também da saúde e da segurança do trabalhador.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Vale enfatizar que esses valores constitucionais a que alude Vossa Excelência têm merecido adequado amparo jurisdicional, muitas vezes provocado pela intervenção oportuna do Ministério Público, circunstância que permite conferir proteção judicial efetiva aos direitos fundamentais dos trabalhadores.*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não. Agradeço a sempre oportuna intervenção de Vossa Excelência, e termino, então, alinhando-me inteiramente ao voto do Ministro-Relator, dando provimento ao Recurso, nos exatos termos em que fez Sua Excelência, mas frisando exatamente que esta Corte, neste julgamento, em nenhum momento afastou a competência do município em matéria ambiental de combate à poluição, desde que restrita ao ambiente local, ao âmbito municipal propriamente dito.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, eu tenho duas proposições.

A repercussão geral pelo Código de Processo Civil exige essa posição de uma súmula que retrate o julgamento. Nós julgamos a questão relativa à queima da palha da cana-de-açúcar. Mas eu verifiquei que, no contexto dos votos, houve uma preocupação bastante relevante no sentido de não desautorizar o Município da sua competência de legislar sobre o meio ambiente. Então, ao invés de ficar situado na queima da palha da cana-de-açúcar, eu imaginei uma síntese que atenderia, inclusive, todas essas disposições didáticas, a partir da colocação da Ministra Cármen Lúcia, no sentido da harmonia do regramento, dizendo o seguinte: O Município é competente para legislar sobre o meio ambiente concorrentemente com a União e Estado no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja suplementar e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, § 6º combinado com o art. 30, § 1º e 2º da Constituição Federal).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Todos de acordo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Apenas uma referência: é que eu acho que a competência não seria concorrente, ela é comum.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Comum.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Há uma referência específica à competência concorrente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como ficaria então, Ministro? Perdoe-me, Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Complementar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Com a competência do 23.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu acho que podia deixar só “tem competência”, porque acho que ele tem, em parte, competência própria se for peculiar interesse do Município; e, em parte, competência suplementar quando haja legislação da União ou do Estado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Desde que tal regramento seja harmônico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Parte, competência político-administrativa própria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Excelente ideia, porque, realmente, eu não vejo, na competência comum, como se pode proteger o meio ambiente e combater a poluição sem legislar ou, pelo menos, editar um ato normativo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como ficaria, então, o enunciado?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Tira se, apenas, a menção a “concorrente”.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – O Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja suplementar e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Então: O Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Todos de acordo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – De acordo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Já tirei o “suplementar”.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Tirou.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Tirou o “suplementar”, então. Estão todos de acordo?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Até porque aqui é harmônico, Presidente, pois a legislação federal e a legislação estadual também caminham para a exclusão da queima.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois é.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – É só a questão do prazo: imediatamente ou paulatinamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não.

Mas é graças à intervenção de Vossa Excelência que o Plenário, de certa maneira, acordou para esse tema, realçou que ficou reconhecida e, mais uma vez, sacramentada essa competência importantíssima do Município em matéria de meio ambiente.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 586.224

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECTE.(S): SINDICATO DA INDÚSTRIA DA FABRICAÇÃO DO ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO – SIFAESP

ADV.(A/S): ÂNGELA MARIA DA MOTTA PACHECO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE PAULÍNIA

ADV.(A/S): FRANCISCO ANTONIO MIRANDA RODRIGUEZ E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE PAULÍNIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), dando provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo Estado de São Paulo, o Dr. Pedro Ubiratan Scorel de Azevedo, Procurador do Estado, e, pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESp, a Dra. Ângela Maria da Motta Pacheco. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.03.2015.

Decisão: O Tribunal, decidindo o tema 145 da Repercussão Geral, por maioria, vencida a Ministra Rosa Weber, deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia/SP. Por unanimidade, o Tribunal firmou a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal). Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte – Assessora-Chefe do Plenário

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388 - DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV.(A/S): RENATO CAMPOS GALUPPO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

AM. CURIAE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

AM. CURIAE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Membros do Ministério Público. Vedação: art. 128, § 5º, II, *d. 2*. ADPF: Parâmetro de controle. Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII). A lesão a preceito fundamental configurar-se-á, também, com ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios. Caso concreto: alegação de violação a uma regra constitucional – vedação a promotores e a procuradores da República do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, *d*) –, reputada amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Configuração de potencial lesão a preceito fundamental. Ação admissível. 3. Subsidiariedade – art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Relevância do interesse público como critério para justificar a admissão da arguição de descumprimento. Caso concreto: Institucionalização de prática aparentemente contrária à Constituição. Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação.

Cabimento da ADPF. Precedentes. **4.** Resolução nº 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que disciplina o exercício de “cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”. Derrogação de disposições que reiteravam a proibição de exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (art. 4º), pela Resolução nº 72/2011. Ato fundado em suposta “grande controvérsia” doutrinária sobre a questão, a qual colocaria “em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria pelo” CNMP. Norma derogadora que inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para o exercício de funções no Poder Executivo por membros do MP. Flagrante contrariedade à Constituição Federal. Vedação a promotores de Justiça e procuradores da República do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, d). Regra com uma única exceção, expressamente enunciada – “salvo uma de magistério”. Os ocupantes de cargos na Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital, aí incluídos os ministros de estado e os secretários, exercem funções públicas. Os titulares de cargos públicos exercem funções públicas. Doutrina: “Todo cargo tem função”. Como não há cargo sem função, promotores de Justiça e procuradores da República não podem exercer cargos na Administração Pública, fora da Instituição. **5.** Art. 129, IX, da CF – compete ao MP “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Disposição relativa às funções da instituição Ministério Público, não de seus membros. **6.** Licença para exercício de cargo. A vedação ao exercício de outra função pública vige “ainda que em disponibilidade”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste. **7.** Comparação com as vedações aplicáveis a juízes. Ao menos do ponto de vista das funções públicas, a extensão das vedações é idêntica. **8.** Cargo *versus* função pública. O que é central ao regime de vedações dos membros do MP é o impedimento ao exercício de *cargos* fora do âmbito da Instituição, não de *funções*. **9.** Entendimento do CNMP afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhes densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos. **10.** Art. 128, § 5º, II, d. Vedação que não constitui uma regra isolada no ordenamento jurídico. Concretização da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. A independência do *Parquet* é uma decorrência da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º. **11.** Ação julgada procedente em parte, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP. Outrossim, determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas: **(a)** por maioria, deliberar pelo início da votação após a leitura integral do voto do Relator, vencido Marco Aurélio que se manifestou pelo julgamento das preliminares antes do mérito; **(b)** por unanimidade, apreciar diretamente o mérito da ação, superando o pedido de medida liminar (ausente, justificadamente, na ocasião, Marco Aurélio, que havia, em voto antecipado, indeferido a liminar por questão instrumental); **(c)** por maioria, conhecer da arguição, vencidos Marco Aurélio e, em menor extensão, Edson Fachin; e, **(d)** no mérito, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar procedente, em parte, a ação para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da Instituição, salvo o de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP,– bem assim determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias da ata da publicação deste acórdão.

Brasília, 9 de março de 2016.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Partido Popular Socialista (PPS) propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o Decreto de 2 de março de 2016, da Presidente da República. O ato nomeou o procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Wellington César Lima e Silva, ao cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Sustentou que a nomeação de membro do Ministério Público ao cargo de Ministro de Estado violaria os preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Argumentou que o Ministério Público é uma instituição independente em relação ao Poder Executivo incumbida, dentre outras tarefas, da fiscalização do Poder. Alegou que, para assegurar a separação entre Ministério Público e Poder Executivo e afirmar a independência institucional do *Parquet*, a Constituição Federal vedou a promotores de Justiça e procuradores da República o exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, *d*). Acrescentou haver violação à forma federativa de estado – art. 60, § 4º, I – na medida em que membro de poder de unidade da federação passaria a ocupar cargo diretamente subordinado à Presidência da República. Aduziu que, com a nomeação, os preceitos invocados foram vulnerados, sendo urgente fazer cessar a violação à Constituição Federal.

Requeru medida cautelar para suspender os efeitos da nomeação do procurador de Justiça Wellington César Lima e Silva ao cargo de Ministro de Estado da Justiça ou, se já empossado, para afastá-lo do exercício. No mérito, pediu a desconstituição da nomeação do Procurador de Justiça para o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Em aditamento à petição inicial, o PPS ampliou o objeto da demanda (eDOC 7). Narrou que a Resolução nº 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que “disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”, continha disposições que reiteravam a proibição de exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (art. 4º). No entanto, o Conselho teria passado a entender que a vedação constitucional não alcançava cargos de secretário em administrações estaduais e municipais e de ministro de estado. Narrou que, em razão da mudança de interpretação, o CNMP editou a Resolução nº 72/2011, que revogou os mencionados artigos 2º a 4º da Resolução nº 5/2006. Sustentou que a revogação das vedações pela Resolução nº 72/2011 ofende os preceitos fundamentais que dão causa ao pedido inicial.

Pediu a pronúncia da inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, declarando-se que membros do Ministério Público não podem exercer cargos na Administração Pública. Requeru medida liminar para suspender os efeitos da Resolução nº 72/2011, até o julgamento da demanda.

Os ministérios públicos dos estados de São Paulo (eDOC 13), Mato Grosso (eDOC 27) e Espírito Santo (eDOC 29), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – e a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR – (eDOC 15) requerem ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

O Procurador-Geral da República pugnou pelo não conhecimento da ADPF ou, subsidiariamente, por sua improcedência (eDOC 29).

O ingresso dos *amici curiae* foi deferido.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível.

No que se refere ao **parâmetro de controle**, é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifiquem o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis” cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, VII).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de *unidade da Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da ordem constitucional, obstando a introdução de qualquer mudança de maior significado. (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *cit.*, p. 244)

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva.

Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, ao invés de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos. (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *cit.*, p. 244)

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III, da Lei Fundamental alemã que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é prenhe de dificuldades:

Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele

próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária), do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia. (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 245)

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das *garantias de eternidade* só será obtido mediante esforço hermenêutico. Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimanam.

Tal como enunciado normalmente nas chamadas “cláusulas pétreas”, os princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico.

Que significa, efetivamente, “separação de Poderes” ou “forma federativa”? Que é um “Estado Democrático de Direito”? Que significa “proteção da dignidade humana”?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio e sempre à luz de um caso concreto.

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes em lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas:

Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que

são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração (...). A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados. (Rp. 94, Rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciario, 85/31 (34-35), 1947.)

Essa orientação, consagrada pelo STF para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais à preservação dos princípios basilares e aos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros *limites textuais implícitos* (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 1136).

Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

No presente caso, o requerente parte da violação a uma regra constitucional – vedação aos promotores de Justiça e procuradores da República do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, *d*) –, a qual reputa amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º – para ancorar o pedido. Em outra linha de raciocínio, defende que a convocação de membro do MP de unidade da federação para ocupar cargo diretamente subordinado à Presidência da República ofenderia a forma federativa de Estado – art. 60, § 4º, I.

Sem adentrar ainda o mérito do acerto das teses, percebe-se que a ação é amparada na suposta violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Assim, sob esse aspecto, a ação é admissível.

No que se refere à **subsidiariedade**, a Lei nº 9.882/1999 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz a afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.**

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade para conhecer tanto das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas. (Cf. BVerfGE, 19/268 (273); BVerfGE, 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4ª ed., München, 1997, p. 162).

A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. (Cf. BVerfGE, 62/230 (232); BVerfGE, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, p. 162.)

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: *"apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional"*. (Cf. BVerfGE, 91/93 (106))

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que *"tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal"* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias *"não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis"*. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

(...) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, a, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela (auto de 11.2.81, nº 19). (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.)

Vê-se, assim, que também no Direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo o qual *"o recurso de nulidade era proposto*

pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos". (Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, *cit.*, p. 184.)

Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: "essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais". (Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, *cit.*, p.184.)

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ª ed., München, 1988, p. 13 e ss.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade **há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional**. Nesse sentido, destaco decisão monocrática do min. Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de 19.12.2007:

O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ, 189/395-397, *v.g.*) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor: (...) O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, Rel. Min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão

estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, *v. g.*), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Lembro-me do caso da importação de pneus usados – ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Ali, o objeto da arguição eram as múltiplas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus, contra as normas ambientais. Daí, ter-se admitido a ADPF, em face das decisões judiciais, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação do tema. Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente, por entender que havia relevância maior no tema.

Outro caso célebre é o do aborto de fetos anencéfalos – ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012. Pululavam pelas várias instâncias *habeas corpus* tratando do tema. Em geral, ações que sequer eram julgadas definitivamente. Se o juiz concedia a liminar, julgava-se a ação prejudicada. Se não, normalmente os processos judiciais levavam mais de nove meses, pelo que o Tribunal não tinha oportunidade de analisar essa questão constitucional.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

A propósito, assinalou o ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”. (ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 1º.12.1993, DJ de 16.6.1995).

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 33, o Tribunal acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada, tendo considerado cabível, em princípio, ADPF movida em relação à lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito, proferida em 7.12.2005. (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 7.12.2005; cf. também ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, red. do acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5.8.2009, julgamento não concluído, e ADPF 54 (QO), Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 20.10.2004).

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações

originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.

A necessidade de interposição de uma pletoira de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias cortes ordinárias.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

É fácil ver também que a fórmula da **relevância do interesse público** para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 parece solver, com superioridade, a controvérsia sobre a aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

No presente caso, arguiu-se o descumprimento de preceitos fundamentais por atos normativos e atos concretos. No plano normativo, está o ato do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que derogou resolução que tratava das vedações ao exercício de cargo ou função pública por membro do Ministério Público. No plano concreto, há atos de nomeação de membros do Ministério Público para ocupar cargos fora da Instituição. O caso mais rumoroso, que acabou ensejando a propositura desta ação, foi a nomeação, em 2.3.2016, de Procurador de Justiça do Estado da Bahia para o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Poderíamos cogitar do cabimento de uma ação direta de inconstitucionalidade no caso concreto.

O ato normativo atacado seria a Resolução nº 72/2011, do CNMP, que derogou a Resolução nº 5/2006, a qual disciplinava o exercício de “cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”. Os dispositivos revogados continham disposições que reiteravam a proibição constitucional ao exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º).

Os dispositivos revogados regulamentavam diretamente a vedação constitucional aos promotores e procuradores do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, *d*). A revogação decorre de mudança

no entendimento do Conselho, que passou a decidir no sentido de que a vedação não abrange claramente o exercício de cargos de ministro e secretário em governos.

Esta Corte tem reconhecido, sem resistências, a natureza normativa dos atos emanados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, como verificado, por exemplo, no julgamento da ADI 3.831-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 15.12.2006, da ADI 3.823-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 6.12.2006 e da ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgada em 20.8.2008.

O Tribunal vem afirmando a fungibilidade entre ADPF e ADI. Na ADPF 72, por exemplo, entendeu que, como se cuidava de impugnação de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, cabível seria a ADI. Daí, ter convertido a ADPF em ação direta – ADPF QO 72, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 1º.6.2005.

Na pior das hipóteses, estamos diante de uma dúvida objetiva quanto à ação cabível.

Se o Tribunal entender em sentido contrário ao cabimento da ADPF, não haveria óbice em converter esta ação em ação direta de inconstitucionalidade.

Mas o caso envolve mais do que a inconstitucionalidade de uma norma do CNMP.

Em verdade, nem ao menos se tem uma norma do CNMP que autorize que os promotores exerçam cargos na Administração. O que ocorreu foi a derrogação da Resolução que portava a vedação. Em seguida, vieram atos de diversos ramos do Ministério Público deferindo afastamento, em suposta desconformidade com a vedação. Por fim, provocado, o CNMP pacificou entendimento que manteve as decisões dos ministérios públicos locais.

Com isso, houve a institucionalização da prática contestada na presente ação, mesmo sem uma resolução que a autorizasse de forma clara.

Ou seja, o ponto central não está na edição de norma incompatível com a Constituição, mas na institucionalização de uma prática contrária à Constituição.

Em verdade, no presente caso, a ação não mira apenas uma norma objetiva. Ataca também o ato da Presidente da República que nomeou o Ministro de Estado da Justiça e, em geral, atos semelhantes em todas as esferas da Administração Pública.

O que está em jogo é a interpretação a ser dada à vedação constante do art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição Federal. Essa norma deve ser aplicada, independentemente de regulamentação. Aliás, como será demonstrado na fundamentação, o STF já rejeitou, em diversas oportunidades, leis que, a pretexto de regulamentar, restringiam a vedação constitucional.

Sob esse aspecto, o presente caso guarda semelhanças com a ADPF dos pneus usados – ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Aquela ação não se dirigia contra lei ou ato normativo, tendo como objeto “decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados”, ao argumento de que violavam os preceitos fundamentais inscritos nos arts. 196 e 225 da Constituição da República. Sustentava-se que numerosas decisões judiciais estavam sendo proferidas em desconformidade

com portarias e decretos de órgãos do Executivo Federal que expressamente vedavam a importação de pneus usados.

O Tribunal afastou a alegação de que a arguição não poderia ser admitida por não cumprir a exigência do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999:

tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria (...), não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame – ADPF 101, Min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009.

A dificuldade em utilizar eficazmente os meios difusos de controle de constitucionalidade também se reflete na hipótese presente.

O tipo de nomeação aqui debatida não afeta diretamente direito subjetivo, sendo restritas as possibilidades de impugnação em ações individuais.

No caso específico da nomeação de Procurador de Justiça do Estado da Bahia para o cargo de Ministro da Justiça, foi proposta a Ação Popular 0013178-74.2016.4.01.3400, buscando a desconstituição do ato.

Muito embora a ação popular de fato pareça uma via processual adequada a atacar as nomeações, seu cabimento não prejudica o uso da ADPF, por se tratar de ação voltada aos casos concretos, conforme já explanado.

O mais relevante, no entanto, é que a questão não se esgota em um episódio de nomeação de Ministro da Justiça. Como mencionado, há uma prática institucionalizada a ser apreciada. O memorial oferecido pela União lista 22 (vinte e dois) membros do Ministério Público exercendo, atualmente, cargos no Poder Executivo Federal, estadual e municipal.

Muitas dessas nomeações não foram sequer levadas ao controle do CNMP. Provavelmente, o número de casos judicializados é ainda menor.

A provocação do CNMP ou da jurisdição demanda do cidadão a disposição para enfrentar o Governo e o Ministério Público, sem a perspectiva de benefício individual em contrapartida.

Talvez por isso, desde 2011, quando o CNMP resolveu alterar seu entendimento, a questão não foi novamente trazida ao STF em casos concretos.

Ou seja, negando trânsito à ADPF, não haverá outro **meio eficaz de sanar a suposta lesão constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.**

Acrescento que a utilização da ADPF para, simultaneamente, controlar atos normativos e concretos já foi admitida pelo STF no julgamento da arguição relativa ao rito do *impeachment*. O Tribunal, numa única ação, avaliou a recepção da lei de regência do processo de acusação ao Presidente da República – Lei nº 1.079/1950

– e, simultaneamente, apreciou atos concretos adotados com base naquela lei – notadamente, a formação da comissão especial para processamento da acusação contra a Presidente Dilma Rousseff – ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, red. do acórdão Min. Roberto Barroso, julgada em 16.3.2016.

Por essas razões, tenho que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é via processual adequada a provocar o controle da constitucionalidade da normatização do CNMP, da interpretação adotada pelos ramos do Ministério Público e dos atos concretos de nomeação de membros do MP a cargos na Administração Pública. Como se verá com mais vagar no curso da fundamentação, essa é uma questão constitucional da maior relevância, que merece a pronta atenção da Corte.

Em memorial, a União arguiu **defeito na representação processual** do Partido requerente, consistente na falta de menção à Resolução nº 72/2011 do CNMP na procuração. No entanto, como já adiantado, a questão aqui não se resume à invalidade da mencionada Resolução. A procuração confere poderes para postular a declaração da inconstitucionalidade de exercício de cargos por membro do MP. Tenho que esses poderes são suficientes. Mesmo que assim não se entenda, seria possível conferir prazo para correção do defeito. Ou seja, ainda assim, não haveria impedimento ao prosseguimento deste julgamento.

Antes de ingressar propriamente na apreciação da medida liminar, registro que não está em julgamento a questão do exercício de cargos eletivos por promotores e procuradores. Esse é um tema sujeito a regramento próprio – art. 128, § 5º, II, e – não se conformando à vedação que aqui serve de parâmetro – art. 128, § 5º, II, d. Tampouco, se ingressará na questão da possibilidade de membros do MP submetidos a regime anterior à Constituição Federal de 1988 ocuparem cargos na Administração Pública. Em relação a estes, também há regramento próprio – art. 29, § 3º, do ADCT.

A questão aqui, portanto, se resume ao exercício de cargos não eletivos, por promotores que estão sujeitos ao regime da Constituição vigente.

Feitas essas ponderações, passo à análise **do mérito**.

A Resolução nº 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, disciplina o exercício de “cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”.

Em sua redação original, o texto continha disposições que reiteravam a proibição de exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (art. 4º). Transcrevo:

Art. 2º Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Parágrafo único. A vedação não alcança os que integram o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

Art. 3º O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, c, da Lei nº 8.625/1993, e 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.

Art. 4º O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente.

Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o CNMP editou a Resolução nº 72/2011, que revogou os mencionados artigos 2º a 4º da Resolução nº 5/2006:

Art. 1º Ficam revogados os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05/2006, de 20 de março de 2006.

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

A Resolução nº 72/2011 é fruto da Proposta de Resolução nº 295/2011-85, da relatoria da conselheira Cláudia Chagas. De acordo com o voto condutor da mudança, deve ser feita uma interpretação conjunta do art. 128, § 5º, II, d, com o art. 129, IX, da CF, podendo o MP exercer outras funções, na forma da lei. A vedação impediria ao membro o exercício de outras funções de forma concomitante à atuação de promotor, sendo viável a licença temporária para ocupar outros cargos na Administração Pública.

O voto condutor do projeto de resolução ressaltou que haveria “grande controvérsia” doutrinária sobre a questão, a qual colocaria “em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria pelo” CNMP. Com isso, entendeu-se que os afastamentos deveriam ser apreciados em processos de controle administrativo, caso a caso.

O entendimento da Relatora foi acolhido, por maioria, pelo Conselho, resultando em Resolução com os seguintes *considerandos*:

CONSIDERANDO que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, II, d e 129, IX, da Constituição Federal tem gerado interpretações diversas, dentre as quais a que entende ser possível o afastamento do membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público;

CONSIDERANDO que não é conveniente a expedição de ato regulamentar restritivo de direito em matéria controvertida, merecendo a matéria uma discussão mais aprofundada;

CONSIDERANDO a possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial bem como deste CNMP diante da análise de novos argumentos;

O resultado, no entanto, foi que a norma derogadora inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para exercício de funções no Poder Executivo.

A consulta à jurisprudência do Conselho demonstra que, desde a adoção da Resolução nº 72/2011, o CNMP vem chancelando o afastamento de membros para exercício de cargos no Poder Executivo.

Em relação a membros sujeitos ao regime anterior a 1988, no Processo nº 43/2011-56, manteve-se ato do Ministério Público do Estado do Paraná que autorizou Procuradora de Justiça a exercer cargo de Secretária de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Em relação a membros submetidos ao regime da Constituição atual, no Processo nº 116/2011-18, manteve-se ato do Ministério Público do Estado de São Paulo que autorizou afastamento para exercício de cargo de Diretor-Geral de Departamento Penitenciário. No Processo nº 149/2011-50, manteve-se decisão do Ministério Público do Estado da Bahia, que autorizou afastamento para ocupar o cargo de Secretário de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Após a alteração da norma, apenas em um caso o CNMP contrariou decisão que deferiu afastamento. Tratou-se de promotor de justiça do Estado de Minas Gerais que, a pedido do Governador daquele Estado, foi licenciado para exercer funções na diretoria de empresa privada com sede no Rio de Janeiro.

A diretriz decisória que sobreveio à derrogação da Resolução nº 5/2006 culminou no despacho que indeferiu medida liminar para impedir a posse de Procurador de Justiça do Estado da Bahia no cargo de Ministro da Justiça. Conforme destacou o relator: “uma interpretação conjugada do art. 128, § 5º, II, d, e 129, IX, da Constituição Federal” leva à conclusão de que:

inexiste óbice para que o membro do parquet se afaste temporariamente de suas funções e ocupe cargo junto ao Poder Executivo, ressalvada a apreciação de cada situação pelo chefe da unidade ministerial e o respectivo Conselho Superior (decisão do relator que indeferiu a medida liminar nos Procedimentos de Controle Administrativo 1.00093-2016-47 e 1.00094/2016-09).

Segundo informações fornecidas no memorial da União, são, atualmente, 22 (vinte e dois) membros do Ministério Público, em seus diversos ramos, exercendo cargos no Poder Executivo.

Ocorre que a autorização criada pela Resolução nº 72/2011 é flagrantemente contrária à Constituição Federal.

O texto constitucional vedou a promotores e procuradores o exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, d).

Note-se a ênfase do constituinte, ao especificar que a vedação não é simplesmente ao exercício de “outra função pública”, mas ao exercício de “**qualquer outra função pública**”.

O que se extrai daí é o claro objetivo de explicitar que se trata de uma regra sem exceções. Ou, mais propriamente, uma regra com uma única exceção, expressamente enunciada – “salvo uma de magistério”.

Os ocupantes de cargos na Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital, aí incluídos os ministros de Estado e os secretários, exercem funções públicas.

Na dicção da própria Constituição Federal, Ministro de Estado é um cargo público – “art. 12. § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: VII – de Ministro de Estado da Defesa; art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado”. No âmbito das administrações estaduais e municipais, são congêneres ao cargo de ministro de Estado os cargos de secretário.

Os titulares de **cargos públicos** exercem **funções públicas**, como bem explanado por José dos Santos Carvalho Filho:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.

(...)

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 528-529)

O exercício de funções fora do âmbito do MP é vedado aos promotores e justiça e procuradores da República. Como não há cargo sem função, promotores e procuradores não podem exercer cargos na Administração Pública, fora da Instituição.

Os cargos de ministro de Estado e secretário não são exceções. A exceção única está expressamente enunciada e recai sobre funções de magistério.

O argumento de que o art. 129, IX, da CF deveria ser lido em conjunto com a vedação, como uma espécie de cláusula de exceção, não é preciso. Este último dispositivo é o inciso final da lista de funções institucionais do *Parquet* enumerada no texto constitucional. De acordo com sua redação, compete ao MP “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Essa disposição é relativa às funções da **Instituição Ministério Público, não de seus membros**. Trata-se de norma com dupla função. Uma primeira, de abertura do rol das atribuições ministeriais. Deixa-se claro que a lista do art. 129 é *numerus apertus*, podendo ser ampliada. Uma segunda, reforça a completa separação, inaugurada pela Constituição de 1988, do Ministério Público com a Advocacia Pública, ao afastar o *Parquet* de realizar “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Assim, por força do art. 129, IX, o rol de atribuições do MP não é exaustivo. A Instituição pode receber atribuições legais não especificadas nos incisos I a VIII do art. 129, mas compatíveis com suas incumbências constitucionais, ou seja, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” – art. 127, caput.

A própria atuação como fiscal da ordem jurídica em processos judiciais que envolvam “interesse público ou social, interesse de incapaz, ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”, é uma atribuição não especificada no rol, mas prevista em lei – art. 178 da Lei nº 13.105/2015, o novo CPC. Trata-se de atribuição perfeitamente compatível com as funções institucionais do MP – art. 127. No entanto, se não houvesse a cláusula de abertura do art. 129, IX, haveria dificuldade de compatibilizá-la com a Constituição.

Da mesma forma, o dispositivo abre a possibilidade da atuação do Ministério Público perante diversos órgãos da Administração. Por exemplo, há previsão de atuação do Ministério Público perante o Cade – art. 20 da Lei nº 12.529/2011. Mas, nessas hipóteses, o membro atua perante a administração como órgão do MP, observada sua independência funcional, o que não se confunde com o afastamento do membro de suas funções no MP para atuar como ocupante de cargo na Administração Pública de forma subordinada.

Em suma, a disposição simplesmente não trata dos membros da Instituição e, portanto, não os autoriza a exercer funções em outros órgãos da Administração Pública.

O entendimento de que a vedação é quanto ao exercício **concomitante** de funções de promotor e outras funções fora da instituição não passa pela leitura do texto da Constituição. A vedação ao exercício de outra função pública vige “ainda que em disponibilidade”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste. Não se compreende que se possa criar uma licença que suspenda a vedação.

Tampouco, a comparação com as vedações aplicáveis aos juízes parece socorrer a tese.

Transcrevo a redação original da Constituição quanto às vedações de ambas as carreiras para uma melhor visualização:

Juizes:

Art. 95 (...)

Parágrafo único. Aos juizes é vedado:

- I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III – dedicar-se à atividade político-partidária.

Membros do MP:

Art. 128 (...) §5º (...):

II – as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

O texto constitucional trata, com redação diversa, as vedações análogas aos membros das carreiras. Veda aos juizes exercer “outro cargo ou função” – art. 95, parágrafo único, I. Aos promotores, exercer “qualquer outra função pública”.

A menção a “cargo” no regime jurídico dos juizes decorre da falta de referência ao caráter público das funções vedadas. No caso dos juizes, a vedação mencionada engloba, em alguma medida, **atividades privadas**, notadamente a advocacia e a atuação empresarial. Note-se que a amplitude semântica do art. 95, parágrafo único, I, dispensou inclusive a enunciação expressa da vedação a magistrados do exercício da advocacia.

Já em relação aos membros do MP, a vedação é enunciada como direcionada funções **públicas**. Daí, a necessidade de acrescentar outras alíneas, especificando as mais relevantes funções privadas incompatíveis – advocacia, alínea *b*, atividade empresarial, alínea *c*.

Não se pode esquecer que a Constituição de 1988 alterou o regime jurídico dos membros do Ministério Público de forma substancial. Talvez, também por isso, o constituinte tenha percebido a necessidade de ser mais específico com as vedações, não confiando apenas na vedação genérica utilizada para magistrados.

Ou seja, há uma lógica na diferença de redação entre as vedações dos juízes e promotores. Mas ela não se projeta na direção de permitir o exercício de cargos públicos pelos promotores.

Ao menos do ponto de vista das funções públicas, a extensão das vedações é idêntica. A lição de que não há cargo sem função permanece aplicável.

Em verdade, **é central ao regime de vedações dos membros do MP o impedimento ao exercício de *cargos* fora do âmbito da Instituição.**

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passa a atuar como subordinado do Chefe da Administração. Isso fragiliza a instituição Ministério Público, que pode ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. Por outro lado, a independência em relação aos demais ramos da Administração Pública é uma garantia dos membros do MP, que podem exercer suas funções de fiscalização do exercício do Poder Público sem receio de reverses por fiscalizarem outros membros que, eventualmente, estão atuando no órgão fiscalizado e, em um momento futuro, retornarão à direção da Instituição.

Ou seja, ao vedar o exercício de funções públicas, a Constituição claramente proibiu a ocupação de cargos públicos.

Nas vezes em que o STF foi chamado a se manifestar sobre a viabilidade de, sob a égide de Constituição de 1988, membro do MP ocupar cargo no Poder Executivo, o julgamento foi em sentido negativo.

O *leading case* foi a cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.084, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 16.2.2000, na qual se impugnava, dentre outros dispositivos, o art. 170, parágrafo único, da Lei Complementar estadual nº 734, de 26.11.1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O referido preceito enunciava que, não obstante fosse vedado aos membros do Ministério Público o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, não constituíam acumulação:

as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargo ou função de confiança da Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público.

O relator, Ministro Ilmar Galvão, asseverou que o questionado art. 170, parágrafo único, da LC nº 734/1993 deveria ser entendido como mera reprodução explícita do que contido no art. 44, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que exclui do rol de atividades vedadas aos membros do Ministério Público “o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares”. Assim, concluiu o relator que ao dispositivo sob análise deveria ser dada interpretação conforme à Constituição, “no sentido de somente ser permitido aos promotores e procuradores de Justiça de São Paulo o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior do próprio Ministério Público”. A solução proposta naquela assentada, seguida à unanimidade, veio depois a ser confirmada *in totum* no julgamento de mérito da mesma ADI 2.084, ocorrido da sessão plenária de 2.8.2001.

Em oportunidade seguinte, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se de maneira mais veemente quanto à impossibilidade do exercício, por membros do Ministério Público, de cargos em comissão no primeiro escalão da estrutura administrativa do Poder Executivo, tanto no âmbito federal como no estadual. No julgamento do pedido de medida cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.534, impugnavam-se as alterações introduzidas pela Lei Complementar estadual nº 61, de 12.07.2001, à Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar estadual nº 34, de 12.09.1994). A redação combatida do art. 142 deste último diploma proclamava a possibilidade do afastamento do membro do Ministério Público, mediante aprovação do Conselho Superior, para o exercício do cargo de ministro, secretário de Estado ou seu substituto imediato. Na linha do precedente já citado, assim consignou em seu voto o relator, Ministro Maurício Corrêa, na sessão plenária de 15.8.2002, acompanhado, quanto a este ponto, por unanimidade:

De fato, a Carta de 1988 veda ao membro do *Parquet* o exercício de qualquer outra função pública, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério. A abrangência da vedação torna indúvidosa sua aplicação a todo e qualquer cargo público, por mais relevantes que se afigurem os de Ministro e Secretário de Estado.

De registrar-se que, em face das sensíveis alterações na função institucional reservada ao *Parquet*, a partir da Constituição vigente foram conferidas inúmeras prerrogativas aos seus membros e ao mesmo passo impostas várias vedações, tudo com o objetivo de garantir isenção e independência à sua atuação, tal como ocorre com a magistratura. Tão profundas foram as modificações que o § 3º do artigo 29 do ADCT-CF/1988 facultou aos então procuradores e promotores a possibilidade de optar pelo regime anterior ou o que estava se implantando.

Este Tribunal, ainda na ADI 2084, analisando questão análoga, decidiu que o ‘exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior’ pelos membros do MP deve ser entendida

como exercício na administração superior do próprio Ministério Público apenas, e não na administração pública como um todo, o que exclui a possibilidade de ocupação dos cargos em apreço.

Dessa forma, impõe-se o deferimento do pedido cautelar quanto ao preceito do inciso II do artigo 142 em causa, pois os cargos ali enumerados não dizem respeito à administração superior do próprio Ministério Público e sim do Poder Executivo federal e estadual, daí decorrendo clara violação aos artigos 128, § 5º, inciso II, letra *d* e 127, § 2º, *in fine*, c/c o parágrafo único do artigo 44 da Lei nº 8.625/1993.

Já depois da Criação do Conselho Nacional do Ministério Público pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, esta Corte deparou-se mais uma vez com o tema em debate no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.836, Rel. Min. Eros Grau, que tinha como objeto os arts. 9º, § 1º, *c*, e 165 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 106, de 3.1.2003). Sustentou o autor da ação que o primeiro dispositivo citado, ao enunciar a inelegibilidade, para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, dos procuradores e promotores que “ocuparem qualquer outro cargo ou função de confiança”, estaria a permitir o exercício, por membros do Ministério Público, de atividades vedadas pelo art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição Federal.

Quanto a esse tópico, relevante destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, transcrita no voto do relator, Ministro Eros Grau:

Como se pode perceber, o dispositivo normativo atacado não permite, como afirma o requerente, que o membro do Ministério Público exerça qualquer outro cargo ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, como as de Secretário de Estado. A norma prescreve que, para os casos em que os membros do Ministério Público estejam ocupando qualquer outro cargo ou função de confiança e desejem se eleger ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, é obrigatória a desincompatibilização, mediante afastamento, pelo menos sessenta dias antes da data da eleição. Essa norma é aplicável àqueles membros que já ocupem cargo ou função de confiança, no caso, aqueles que estão ocupando cargos ou funções de confiança na administração do próprio Ministério Público e em seus órgãos auxiliares ou em órgãos estatais afetos à área de atuação da Instituição.

Concluiu, assim, o Tribunal naquela assentada, ocorrida em 17.11.2005, que o comando impugnado, ao tratar de requisito para disputa do cargo eletivo de Procurador-Geral de Justiça, não permitia o exercício de cargos ou funções de confiança

fora do âmbito do Ministério Público fluminense, sendo expressa, na própria Lei Orgânica estadual, a vedação ao exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo a de magistrário (LC 106/2003, art. 119, IV).

Ainda, em processos objetivos, julgou-se inconstitucional a lei do Estado do Espírito Santo – que permitia o “exercício de cargo comissionado estadual ou federal fora da instituição por membros do Ministério Público” – na ADI 3.298, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.5.2007.

Fundamentos semelhantes levaram a Corte a declarar a inconstitucionalidade da lei orgânica de Sergipe. Novamente, afirmou-se que o:

afastamento de membro do Parquet para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Assim, os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo – ADI 3.574, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16.5.2007.

Também, em processos subjetivos a Corte já produziu manifestações na mesma linha.

O Tribunal Pleno denegou a ordem pleiteada em mandado de segurança, por meio do qual fora impugnado ato do CNMP que, com base na Resolução nº 5/2006, impediu promotor de Justiça de ocupar cargo na diretoria do IBAMA. Daquela feita, afirmou-se a “impossibilidade de membro do Ministério Público que ingressou na instituição após a promulgação da Constituição de 1988 exercer cargo ou função pública em órgão diverso da organização do ministério público” – MS 26.595, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 7.4.2010.

Em outro caso, afastou-se a possibilidade do exercício, por promotores do Paraná, de função no Conselho Estadual da Polícia Civil – RE 742.055, Agravo Regimental, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6.8.2013.

A própria Resolução nº 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, foi contestada, sem sucesso, nas ADI 3.838 e 3.839. Indeferi as respectivas liminares, em janeiro de 2007, no exercício da Presidência. Os processos pendem de julgamento.

Ou seja, há uma jurisprudência consolidada. Sete ministros da composição atual já votaram acompanhando o entendimento contrário ao afastamento para exercício de cargos – Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli no MS 26.595, além de Teori Zavascki no Agravo Regimental no

Recurso Extraordinário 676.733. Não houve qualquer alteração fática ou normativa que possa levar a crer em mudança. Não se tem notícia de qualquer sinalização de câmbio na jurisprudência.

O CNMP adotou entendimento afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. Criou uma exceção à vedação constitucional, que textualmente não admitia exceções. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhe densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos.

Lembro-me aqui da lição de Konrad Hesse:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado. (*A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

Em suma, somente mudando o conteúdo da Constituição é possível tolerar o exercício, por membro do MP, de cargo na Administração Pública, fora da Instituição, que não seja de professor.

Assim, a Resolução nº 72/2011, e a prática instaurada na sua sequência, são, sob o pretexto de interpretar, uma tentativa de emendar Constituição.

Com isso não se quer dizer que o Conselho não poderia mudar sua resolução. Nada impediria que o texto normativo fosse alterado para, por exemplo, regulamentar situações específicas, como a definição de função pública em casos limítrofes, a

aplicabilidade da vedação a membros sob o regime constitucional anterior, ou outros pontos periféricos. Mas a criação do vácuo normativo, para dar ensejo ao descumprimento claro da Constituição, está além do poder do CNMP.

A vedação em questão não é uma regra isolada no ordenamento jurídico. Ela se presta a concretizar a independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Por sua vez, a independência do *Parquet* é uma decorrência da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III.

Nesse sentido, leciona Paulo Gonet que as vedações aos membros do Ministério Público listadas na Constituição são “sempre orientadas ao propósito de fortificar a própria Instituição”. Vedam-se “situações capazes de pôr em risco a autonomia planejada” (GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Ministério Público, advocacia e defensoria pública – Funções essenciais à Justiça. *In: Curso de Direito Constitucional*. MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1062).

De forma semelhante, José Adércio lembra que as vedações são “destinadas a assegurar uma atuação livre de coações e de influência sobranceira de interesses privados sobre a finalidade institucional” – SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao art. 128. *In: Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1529.

Na mesma linha, bem pontuou o hoje Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ao se manifestar em sentido contrário à participação de promotores em conselho consultivo ou deliberativo, no já mencionado caso do Paraná: “As vedações constitucionais incidentes sobre as atividades dos Membros do Ministério Público constituem verdadeiros mandamentos de ordem ético-jurídica, destinados a tornar efetivos os princípios da autonomia e da independência funcional do *Parquet*” – parecer no RE 742.055, Rel. Min. Celso de Mello, 9.5.2013.

A vedação é, em primeiro lugar, uma defesa da Instituição Ministério Público, que não fica subordinada aos interesses políticos, e mesmo a projetos pessoais de seus próprios membros. Em segundo lugar, é uma garantia de seus membros, que podem exercer suas funções de tutela da Administração Pública sem receio de reveses por fiscalizarem outros membros que, em um momento futuro, retornarão à direção da Instituição.

Portanto, é relevante o fundamento do pedido, quanto à alegação de violação à independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e à independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Estamos diante de uma inconstitucionalidade, ofensiva a preceitos constitucionais fundamentais.

Ressalto, no entanto, que a forma federativa de Estado – art. 60, § 4º, I, da CF – não é violada pela nomeação de membro de poder de unidade da federação para ocupar cargo no Governo Federal. Se fosse viável a ocupação do cargo na Administração Federal, seria ela mediante afastamento do cargo na origem. Assim, esse argumento é de todo improcedente.

Entretanto, o fundamento aceito é suficiente para que o pedido seja acolhido.

A princípio, o caso foi trazido a julgamento para análise da medida liminar. O Min. Dias Toffoli formulou proposta de converter o exame da tutela de urgência em julgamento definitivo, acolhida pelo Plenário. Assim, a ação deve ser julgada procedente em parte.

O pleito não está sendo acolhido em sua integralidade porque não se está anulando a nomeação do Ministro da Justiça. Isso não quer dizer que o Tribunal considerou que o Procurador de Justiça pode seguir no cargo.

Está sendo fixado prazo para que todos os membros do Ministério Público que atualmente ocupam cargos na Administração Pública se desincompatibilizem, exonerando-se de um dos cargos. Na inércia, deverão ser exonerados do cargo na Administração Pública.

Por fim, tenho que não é conveniente suspender a mencionada ação popular, ou outras em tramitação com fundamento semelhante. No entanto, enquanto vigorar a liminar ora proposta, o exercício do cargo ficará impedido, ainda que a ação individual venha a ser julgada improcedente.

Ante o exposto, **julgo procedente em parte o pedido**, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP.

Ademais, determino a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias após a publicação da ata deste julgamento.

É o voto.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu consulto o Ministro Relator, Gilmar Mendes, se Vossa Excelência pretende colocar as preliminares em votação de forma separada ou ler o voto integralmente e, depois, cada um de nós se pronunciará.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vou fazer um conjunto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há um Regimento Interno que continua em vigor. É categórico, é pedagógico, está em bom vernáculo, no sentido de que, havendo, no processo, preliminar, o Tribunal deve decidir a respeito da procedência ou improcedência, passando ao mérito se suplantada a preliminar. Está, com todas as letras, no artigo 136 do Regimento Interno: “As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas”.

Vai adiante o Regimento Interno para disciplinar, inclusive, a situação jurídica em que integrante do Tribunal articula preliminar. Observa o Regimento a organicidade. Não podemos, sem revogar o Regimento Interno, deixar de examiná-lo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Agradeço a Vossa Excelência. Lembro, como fiz da última vez, que já há precedentes em que nós fizemos a leitura do voto integral e, a seguir, passamos a votar as preliminares.

Eu consulto o egrégio Plenário para saber se alguém se filia à posição do eminente Vice-Decano ou continuamos a leitura do voto conforme propôs o Relator. Se ninguém se manifestar, fica vencido o eminente Vice-Decano em sua posição, e o Relator está com a palavra para a leitura do voto.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, indago ao Ministro-Relator se ele me permitiria, antes do início do voto, fazer uma indagação ao Procurador-Geral.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não, Ministro?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Indago do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Por favor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Apenas para fins de esclarecimento de um levantamento que fiz exatamente dentro do que foi a sustentação oral e o memorial apresentado.

A Constituição, ao tratar desse assunto, trata nos dois dispositivos que Vossa Excelência levantou e que os senhores advogados tão bem levantaram.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) – 128 e 129.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E Vossa Excelência fez referência, tanto no memorial quanto agora na sustentação oral, à questão de as funções poderem ser de fora e deu exemplos de várias instituições – até fiz também algum levantamento.

Queria uma resposta. O art. 128 é expresso – sobre o qual o Ministro-Relator e nós vamos discutir e decidir –, no inciso II, ao dispor que:

Art. 128

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, [...], estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes vedações:

Então se chega à alínea d:

“d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” – eu estou falando, portanto, do Promotor ou do Procurador.

E no art. 129, o *caput* deste artigo está:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público” – não se está tratando, portanto, do membro, está tratando da instituição.

E quanto à instituição é que se tem o inciso IX:

“Art. 129

(...)

IX – exercer outras funções” – a instituição, que poderia, por exemplo, vir por lei, e como Vossa Excelência pôs no memorial e na sustentação oral – “que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]” – Vossa Excelência citou conselhos de política penitenciária etc.

Mas é o Ministério Público que tem assento, certo? Por exemplo, o Conselho Nacional de Direitos Humanos dá assento ao Ministério Público – instituição – não ao membro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, veja, a materialização do exercício ocorre mediante atuação do integrante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, indicado pela instituição.

Queria saber se estou certa no meu raciocínio, porque a função institucional é do Ministério Público, no caso desses órgãos, inclusive internacionais, e a vedação, sobre a qual se discute aqui, é do membro.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) – A resolução do Conselho Nacional, quando trata da possibilidade do exercício da função pelo membro, quando exige pertinência temática, quando exige vinculação à função institucional, ela vai equiparar o exercício pelo membro àquela função aplicada à instituição. O regulamento do Conselho Nacional...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ao Ministério Público, que assumirá um cargo ou função. Será o fulano de tal, indicado e escolhido, que integra o Ministério Público.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) – Um membro do Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Muito obrigada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministra Cármen, eu me permito transmitir a Vossa Excelência e aos eminentes Pares uma experiência que trago como Presidente do Conselho Nacional de Justiça no tocante à nomeação de integrantes do Poder Judiciário para determinados órgãos do Poder Executivo de natureza consultiva.

Então, por exemplo, recentemente recebi um ofício do Ministro da Pasta de Direitos Humanos pedindo que eu nomeasse um juiz e um suplente para integrar esse conselho. Portanto, esse ofício foi dirigido à instituição, e não ao juiz em particular. Apenas esse aspecto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Presidente, o caso está emocionante, eu devo dizer, *a priori*. Primeiro, gostaria de cumprimentar todas as belíssimas sustentações e, também, destacar o brilho com que se houve o ministro Cardoso da tribuna.

Mas devo dizer, também, ao Tribunal, com toda a sinceridade, que este era um caso que não gostaria de julgar – e até fiz esforço nesse sentido –, porque é um que constrange, mas não temos outra alternativa.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, a delimitação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) posta à análise desta Corte encontra-se cristalina no Relatório lançado aos autos, a que faço referência pelo bem da brevidade.

PROÊMIO

Está-se diante de questão da maior envergadura constitucional, quer pelo seu fundamento – saber, a rigor, se, à luz da Constituição, o exercício de outra função pública, ainda que em disponibilidade e diversa de uma de magistério, compromete a independência funcional do Ministério Público –, quer pelo seu resultado, a anulação de decreto do Presidente da República que nomeia Ministro de Estado, com o consequente afastamento desta autoridade do cargo e suas funções.

Dito isso, Senhor Presidente, cumpre registrar que é compreensível, especialmente no Brasil contemporâneo, o aforamento de pretensões em demandas que projetam para dentro da juridicidade os dissensos expulsos da espacialidade da política pela inaptidão resolutória. Compreensível, sim, porém criticável. A hipertrofia da instância jurídica definida, em casos tais, como última *ratio*, é, em alguma medida, evidência *prima facie* de pequenos óbitos dos quais se acomete a política em sentido alto, reduzida, em diversas hipóteses, a um pequeno sol que quer se refugiar à sombra das togas.

A virtude do recurso ao Judiciário é o espelho da confiança que se deposita nas instituições democráticas, especialmente numa sociedade ainda marcada por desigualdades materiais que saltam aos olhos e que reclamam mais democracia, justiça e segurança jurídica. Ainda assim, em casos como o presente, a superlativação do papel da jurisdição é inversamente proporcional à realização social da *vero e própria*

política que coloca os interesses públicos em primeiro lugar. Temos em pauta, pois, um sintoma de certa abdicação da política que precisa ser examinado, com prudência e cautela, a fim de que o Judiciário não seja, ele mesmo, capturado pela sedução de um assento que não lhe cabe. Não é, nem pode ser, o Judiciário tutor permanente de conflitos cujo dissenso é inerente à democracia e cujo desate é próprio da espacialidade política. Sobriedade e objetividade devem ser luzes a guiar o exame concreto das questões que batem às portas do Judiciário.

CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: CONHECIMENTO PARCIAL

Passo a analisar a admissão da presente medida. A legitimidade ativa do Requerente, partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, nos termos do entendimento deste Supremo Tribunal Federal, legitimado universal apto a incoar a jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, é patente.

No que se refere aos preceitos fundamentais cuja violação se invoca, necessária análise mais detida.

Entendo que não se afigura presente ofensa à forma federativa de Estado (art. 60, §4º, IV, CRFB) tão somente por um agente público – ou um agente político – de um determinado Estado da federação eventualmente se afastar de suas funções para exercer cargo subordinado ao Chefe do Poder Executivo. Basta pensar na hipótese em que um membro de Assembleia Legislativa estadual é convidado para assumir cargo de Ministro de Estado, o que é expressamente permitido pela Constituição, que inclusive lhe autoriza a optar pela remuneração do mandato, como deflui da interpretação conjunta dos seus arts. 27, §1º, e 56, I, e §3º.

Melhor sorte assiste ao Arguente quanto ao invocado preceito fundamental da independência funcional do Ministério Público como corolário do preceito fundamental da separação dos Poderes.

Compreendo que a separação de Poderes não corresponde a uma fórmula abstrata e imutável que se aplique de modo indistinto a todo e qualquer sistema jurídico ao longo dos séculos. Isso não significa, no entanto, que deixe de ser um princípio que informe, à luz dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito, a construção institucional adotada pelo Povo ao desenhar a ambiência de atuação funcional das instituições estatais por si criadas e legitimadas.

Nesse sentido, a arquitetura constitucional de freios e contrapesos não ignora o importante papel atribuído pela nossa ordem constitucional ao Ministério Público – instituição marcada pelo vetor da independência funcional e que, sempre é bom recordar, foi dotada pelo constituinte originário de autonomia funcional e administrativa. Em meu sentir, as garantias e vedações presentes na Constituição, em especial a prevista no art. 128, § 5º, II, *d*, CRFB, devem ser assim compreendidas, merecendo a presente Arguição conhecimento, ao menos no olhar prefacial que caracteriza este momento processual.

De outro canto, o requisito previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, compreendido como o nominado princípio da subsidiariedade, se afigura preenchido no que se refere aos pedidos de que “se declare a nulidade absoluta da nomeação e consequente posse, pela Presidente da República, do Procurador de Justiça da Bahia, Wellington César Lima e Silva, para ocupar o cargo de Ministro de Estado da Justiça”, e de que se declare a “inconstitucionalidade do exercício de cargo de Ministro de Estado por um membro do Ministério Público”.

Isso porque, como bem anota a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária, **inexiste outro instrumento capaz de, gerando decisão dotada de efeito geral e vinculante, atacar o ato do poder público ora impugnado e abarcar a controvérsia constitucional quanto à interpretação do preceito fundamental invocado, o que atingirá não apenas nomeações pelo Presidente da República para cargos no Poder Executivo Federal, mas toda e qualquer nomeação por Chefes de Poder Executivo nos demais entes da Federação.**

Para além disso, frise-se que a tutela do direito ora postulada, caso requerida mediante outros instrumentos processuais, poderia efetivamente ser obstaculizada por discussões quanto à legitimidade (em mandado de segurança) ou à lesividade ao patrimônio público pelo ato impugnado (ação popular).

Além disso, a discussão da questão constitucional ora posta adquire especial relevo tendo em vista que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público entende quanto aos arts. 128, §5º, II, d, e 129, IX, da Constituição da República, como se extrai das decisões proferidas nos Procedimentos de Controle Administrativo nº 1.00093-2016-47 e 1.00094/2016-09, que seria possível a um membro do Ministério Público se afastar temporariamente de suas funções e ocupar cargo junto ao Poder Executivo. Tal entendimento, no entanto, contraria os precedentes deste Supremo Tribunal Federal e justifica, assim, decisão dotada de efeito geral e vinculante apta a dirimir e pacificar essa conflituosidade institucional.

Impende, ainda, à luz da pretensão inicial, tratar da fixação das condições e do modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental invocado, o que se dá na ambiência da ADPF (art. 10, *in fine*, da Lei nº 9.882/1999).

No que diz respeito ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no entanto, verifica-se o não preenchimento do requisito da subsidiariedade insita na ação que suscita descumprimento de preceito fundamental. Inexiste, no caso, manejo antecedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade a veicular pretensão ali depositada na petição inicial. Impende, pois, não conhecer de tal pretensão porque abalroa e atropela, a mais não poder, a melhor técnica incidente na matéria.

Dessa forma, principiando pela preliminar, essa específica pretensão não alcança conhecimento por lhe faltar, quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, o preenchimento do requisito inerente à ADPF, qual seja, o da subsidiariedade. Muito tempo após estar em vigor a resolução cuja inconstitucionalidade almeja, sem que tenha

sido proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reside agora em juízo um legítimo intento, mas, *ad hoc*, para alcançar, *tailor made*, esse objetivo. Não prospera, contudo.

Por isso, preliminarmente voto pelo não conhecimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Superada a questão preliminar, examino o mérito da demanda com os olhos voltados exclusivamente no texto constitucional. Guardião da Constituição, deve o Supremo Tribunal Federal atentar para o procedimento legal e a garantia dos direitos e dos deveres ali estatuídos, imunizando-se, a mais não poder, de aspectos extrajurídicos ditados pela conjuntura. A estes, o campo da política; ao Judiciário, o terreno da estrita normatividade constitucional. Nada mais, nada menos.

Enfrentadas as questões preliminares fundamentais e estruturantes da Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental, passo ao exame agudo da violação ao preceito fundamental dantes caracterizado.

PRECEITO FUNDAMENTAL TIDO POR VIOLADO: A INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO COROLÁRIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O Ministério Público em sua Moldura Constitucional

No mesmo passo da independência e separação harmônica dos Poderes (art. 2º CRFB), a Constituição estabeleceu o Ministério Público como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 CRFB). O Ministério Público ocupa, assim, lugar de destaque na arquitetura institucional republicano-federativa delineada pela Constituição de 1988, pois consubstancia-se em instituição que, ao lado do Poder Judiciário, é essencial ao exercício da jurisdição por parte do Estado, possuindo a missão de defesa do substrato normativo que rege e orienta nossa comunidade (ordem jurídica), a democracia que pressupõe e, ao mesmo tempo, constitui essa comunidade (o regime democrático), bem como o esmero com os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os Princípios Institucionais do Ministério Público

Definida a compreensão sobre o Ministério Público (art. 127, *caput* CRFB), a Constituição da República estabeleceu seus princípios institucionais estruturantes (art. 127, §1º CRFB): unidade, indivisibilidade e a independência funcional.

Princípio Institucional da Unidade

O Ministério Público é uma única instituição. Única e plural, porque composta pelo Ministério Público da União, nele compreendidos o Ministério Público Federal,

o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e pelo Ministério Público dos Estados. Há, assim, uma única instituição, composta pluralmente. Há, portanto, uma unicidade plural.

Princípio Institucional da Indivisibilidade

A indivisibilidade é princípio institucional estruturante porque define o Ministério Público a partir da impossibilidade de sua divisão, e não a partir de sua pluralidade constitutiva ou a partir de seus membros. Por isso, quando atua um Promotor de Justiça, um Procurador da República, um Procurador do Trabalho, um Promotor Militar, à despeito da atuação individual desse membro do Ministério Público, age a instituição Ministério Público em si. Os membros do Ministério Público não representam o Ministério Público, não atuam como Procuradores da instituição, eles são o próprio Ministério Público e, assim, atuam em seu nome, vale dizer, em nome da instituição Ministério Público.

Princípio Institucional da Independência Funcional

A independência funcional está ligada à atuação do Ministério Público e de seus membros de forma absolutamente livre de qualquer sujeição, seja ela externa a ele(s), seja ela interna ao próprio Ministério Público. É justamente porque livre de qualquer sujeição que o Ministério Público e/ou seu membro pode buscar justiça conforme o Direito, em sua atuação judicial e extrajudicial, pois pode atuar contra o público e o privado, contra o Estado e contra o particular, sem se sujeitar a nenhum deles, ainda que em favor de algum deles seja essa sua atuação. Da mesma forma como os juízes devem ser absolutamente livres para julgar, os membros do Ministério Público devem ser absolutamente livres para atuar em seu mister. Não há atuação independente com sujeição ou subordinação, sejam elas, reforce-se, internas ou externas. Não sem motivo, aos membros do Ministério Público são concedidas garantias (art. 128, §5º, I CRFB), prerrogativas (Lei nº 8.625/1993, art. 38-42) e vedações (art. 128, §5º, II CRFB) que lhes possibilitem essa atuação absolutamente independente, livre de sujeição ou subordinação.

Afronta ao Princípio Institucional da Independência Funcional

A ocupação de cargos políticos no âmbito do Poder Executivo por parte de membros do Ministério Público submete seu membro, a instituição em si por ele **presentada**, à subordinação e sujeição do Chefe do Poder Executivo. Essa sujeição, subordinação, afronta e corrói o princípio institucional da independência funcional do Ministério Público, princípio estruturante da própria instituição e orientador da atuação dos membros do Ministério Público. Seja o cargo de Ministro de Estado da Justiça como no presente caso, sejam outros cargos no âmbito de diversos órgãos do Poder Executivo Federal, como, por exemplo, o de Secretário Nacional de Justiça, Diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sejam cargos no âmbito dos Estados e Municípios como, por exemplo, os de Secretários de Justiça, Meio Ambiente, Diretorias internas ao Executivo, todos esses

exemplos meramente ilustrativos, dependem de subordinação e sujeição do titular do cargo ao Chefe do Poder Executivo. Não há, nesse quadrante, possibilidade de atuação de membro do Ministério Público de forma independente, pois sua atuação dependerá sempre de sua relação direta e imediata com o Chefe do Poder Executivo e de sua submissão a ele. Não há forma e maneira de se garantir independência ao Ministério Público quando seus membros podem escolher estar, ainda que por vontade pessoal e não institucional, sujeitos à Chefia de outro Poder. A independência do Ministério Público, fundamental, exige reconhecimento e proteção permanentes, garantindo-se, assim, o desenho institucional e o regime jurídico definido pela Constituição de 1988 ao Ministério Público para que o tenhamos sempre como instituição permanente, sólida, altiva, na defesa da ordem jurídica, da democracia, da coletividade e da individualidade quando esta é indisponível. Esse desenho institucional caracterizado pela independência do Ministério Público exige, por sua vez, o reconhecimento da própria instituição de seu caráter alteroso, da liberdade de laços que lhe deve sempre marcar. À essa independência, cumpre-lhe a responsabilidade de zelo, guarda e proteção. Permanente.

Afronta aos Princípios Institucionais da Indivisibilidade e Unidade

Assumir cargo ou função em outro Poder é não apenas ferir a independência que deve fundar o Ministério Público e a atuação de seus membros, mas sujeitar a própria instituição e seu membro à subordinação de quem ela e ele devem sempre ser livres. A ocupação de cargos e funções por membros do Ministério Público em outros Poderes que o coloquem na condição de subordinados faz com que a própria instituição seja e esteja, assim, subordinada. Se o Ministério Público é uno, uma única instituição, ainda que plural, e indivisível, a instituição se apresenta e atua por meio de seus membros, que são, a sua vez, a própria instituição. O membro do Ministério Público não representa a instituição Ministério Público, não possui procuração para atuar em seu nome. Ele é a própria instituição e, assim, apresenta a si própria. Não se trata, portanto, da subordinação de um membro individualmente considerado, mas da instituição como um todo, dados os princípios reitores da unidade e indivisibilidade. Assumir o cargo de Ministro de Estado da Justiça ou qualquer outro que coloque membro do Ministério Público em condição de subordinação é sujeitar a própria instituição Ministério Público, que deve ser vista por quem ela deveria olhar, investigar, controlar, em nível de igualdade e com absoluta liberdade. Dessa forma, assumir cargos políticos que prescindem da condição de membro do Ministério Público é romper seu princípio da indivisibilidade e unidade.

A Possibilidade de Assumir outros Cargos e Funções dentro da Estrutura Orgânica do Próprio Ministério Público e a Atuação do *Parquet* em Compatibilidade com seus Princípios e as suas Finalidades Institucionais

Compreender a proibição de que ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de

magistério, prevista no art. 128, §5º, II, *d*, CRFB, como regra teleologicamente voltada à preservação da autonomia funcional da instituição e da independência funcional de seus membros como verdadeiro corolário do preceito fundamental da separação de Poderes enquanto o arranjo de freios e contrapesos da Constituição da República traz importantes implicações.

Em primeiro lugar, torna impossível se apegar à literalidade da norma ou compará-la com outras vedações previstas para as demais instituições ou carreiras republicanas (ainda que, frise-se, trate-se de carreira muito próxima quanto ao regime jurídico, como a da magistratura) a fim de que à luz de um silêncio do texto, aí se enxergue uma autorização inexistente.

Tanto é assim que esta Corte em mais de uma oportunidade, nos precedentes citados por sua Excelência, o Ministro Relator, entendeu que a vedação do art. 128, §5º, II, *d*, CRFB, não atingiria os cargos e funções dentro da própria organização (administração superior) do Ministério Público (exemplificativamente, ADI 3574, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 31.05.2007 e ADI 3298, Min. Gilmar Mendes, DJe 28.06.2007).

Em meu sentir, considerando os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, dantes já delineados, as funções previstas para o Ministério Público arroladas no art. 129, CRFB, dizem respeito à instituição em si, e não aos seus membros considerados isoladamente, o que não seria condizente com o texto constitucional.

Dessa forma, o inciso IX desse mesmo dispositivo, que estabelece como função institucional “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”, ao ser harmonizado com a vedação prevista no art. 128, §5º, II, *d*, CRFB, não permite que membro, individualmente considerado, seja investido em cargo vinculado a outro Poder da República.

Nesse sentido, há decisões da Corte em sede de controle difuso em que se tem decidido não poder o membro do *Parquet* participar na qualidade conselheiro em Conselho de Polícia Civil, órgão vocacionado a apurar ato infracional disciplinar de policiais civis, o que inclusive tornaria nulo o procedimento administrativo. Nesse sentido: RE 740813-AgR-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.11.2014; RE 816759, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20.06.2014; RE 757719, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.05.2014; RE 742055, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.06.2013.

Deve-se, porém, distinguir tais casos e dar a adequada interpretação à extensão da vedação prevista no art. 128, §5º, II, *d*, CRFB, justamente o que se postula – e frise-se, diante da nomeação do Ministro de Estado da Justiça, somente pode ser conferido em sede de ADPF, com eficácia vinculante – de modo a harmonizá-la com a abertura do inciso IX, do art. 129, CRFB.

Compreendo, na esteira da própria jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que o fato de membro do *Parquet* não poder individualmente ser investido em cargo ou função, não significa nem pode significar que se prive a instituição de

ter assento em Conselhos organicamente vinculados ao Poder Executivo (tais como, por exemplo, conselhos de Defesa da Criança e Adolescente), em que haja nítida compatibilidade com as funções do Ministério Público.

Nesse sentido, confira-se a ADI 3463, julgada em 27.10.2011 – em data posterior, portanto, à Resolução nº 72/2011, publicada no DOU em 15.07.2011 (eDOC 10), e cuja ementa ora transcrevo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSELHO ESTADUAL DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. O rol de atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição Federal não constitui numerus clausus. O inciso IX do mesmo artigo permite ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. 2. O art. 51 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não confere competência ao Ministério Público fluminense, mas apenas cria o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantindo a possibilidade de participação do Ministério Público. Possibilidade que se reputa constitucional porque, entre os direitos constitucionais sob a vigilância tutelar do Ministério Público, sobreleva a defesa da criança e do adolescente. Participação que se dá, porém, apenas na condição de membro convidado e sem direito a voto. 3. Inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário”, porquanto a participação de membro do Poder Judiciante em Conselho administrativo tem a potencialidade de quebrantar a necessária garantia de imparcialidade do julgador. 4. Ação que se julga parcialmente procedente para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro a fim de assentar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto; b) declarar a inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário”. (ADI 3463, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2012; grifei)

Ou seja, em casos tais deve-se prever uma atuação próxima à sua função enquanto *custos legis*. Será, conforme a lei autorizativa, uma instituição *presentada* por seu membro, apta a pluralizar o debate, porém sem direito a voto. Dessa forma, assegura-se e se respeita, inclusive, a indivisibilidade que caracteriza a instituição. Pense-se: não se trata de um membro do *Parquet* investido como conselheiro, mas sim de assento e função a ser exercida pela *instituição* Ministério Público.

Do Aproveitamento da Experiência e *Expertise* dos Membros do Ministério Público: Expressa Determinação Constitucional

É inegável que um membro de uma instituição com as atribuições do Ministério Público adquire experiência e *expertise* que podem colaborar com a atuação e gestão dos demais Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em suas atividades típicas e atípicas.

A Constituição, no entanto, traz regulação específica e apta a proporcionar as formas de aproveitamento dessa experiência e especialidade.

Como exemplo, tem-se, no seio do Poder Judiciário, a forma de composição plural dos Tribunais, conforme previsto nos arts. 94, 104, parágrafo único, II, 107, I, 111-A, I, 115, I, 123, II, etc. Recorde-se que em tal situação, como não poderia deixar de ser, deixa o magistrado empossado de ostentar a condição de membro do Ministério Público, passando a ser membro do Poder Judiciário.

Afora a exceção prevista no art. 29, §3º, ADCT, CRFB, e seu regramento, entendo que para ingressar em Poderes da República como o Executivo e o Legislativo como membro mediante a disputa de cargos eletivos, necessária se faz a exoneração do membro do *Parquet*.

De igual forma, para assumir cargo de Ministro de Estado ou outro cargo de primeiro escalão no Poder executivo, necessária se faz a sua exoneração, pois o sentido de “ainda que em disponibilidade” previsto no art. 128, §5º, II, *d*, CRFB, lido pelas lentes do preceito fundamental da independência funcional do *Parquet*, impõe, nos termos já delineados neste voto, a impossibilidade de seu afastamento temporário das funções ministeriais.

CONCLUSÃO

Pisando firme no terreno da normatividade constitucional, se faz presente, neste momento processual, o requisito da plausibilidade jurídica da violação ao preceito fundamental invocado – o preceito fundamental da independência funcional do Ministério Público como corolário da separação de Poderes. Dessa forma e, por via de consequência, igualmente se afigura presente o perigo de dano à segurança jurídica pela manutenção de membro do Ministério Público em cargo de confiança do Poder Executivo. Isso pois semear-se-ia um sem número de possíveis questionamentos quanto à legalidade dos atos até o momento praticados.

Consigno por oportuno que este julgamento, dotado de cognição, em princípio, mais rarefeita de um juízo liminar e prévio, possui, em atenção à regra geral dos efeitos desta modalidade de decisão e à segurança jurídica, efeitos *ex nunc*.

Dessa forma, a fim de que não parem quaisquer dúvidas entendo, desde logo, que o resultado do presente julgamento deve, quanto ao afastamento do Ministro de Estado da Justiça produzir seus efeitos sem macular quaisquer atos que tenham sido por ele praticados no exercício da função.

Tendo em vista que outros entes da Federação também possuem em suas administrações públicas membros do Ministério Público não abrigados pelo disposto

no art. 29, §3º do ADCT e tomando em consideração a eficácia vinculante da decisão que ora se está a tomar, proponho a este Plenário que se modulem seus efeitos para o futuro quanto a essas situações. Isso porque a eficácia sem modulação pró-futuro da presente decisão liminar pode, por si só, suscitar ou causar inúmeros questionamentos e potenciais prejuízos nos diversos âmbitos e áreas da administração pública dos entes da Federação que esta Corte não tem como prever e tampouco ignorar.

Dessa feita, para os demais casos que não o presente e que se enquadrem na interpretação aqui delineada, proponho que os efeitos desta decisão principiém, de forma análoga e à luz do disposto no art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sem prejuízo de cumprimentos voluntários em prazo anterior. Tal modulação é consentânea com o entendimento que vem sendo firmado por este Supremo Tribunal Federal, pelas razões acima estabelecidas, por razões de segurança jurídica evidente e também expressão de responsabilidade de um Tribunal que não apenas é o guardião da Constituição, mas também o Tribunal da Federação.

Em síntese, Senhor Presidente:

a) Não conheço da ADPF quanto à violação ao preceito fundamental da forma federativa de estado;

b) Não conheço da ADPF quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do CNMP, diante do não atendimento do princípio da subsidiariedade;

c) Conheço da ADPF quanto à violação ao preceito fundamental da independência do Ministério Público como corolário da separação de poderes, em especial por inexistir outro instrumento capaz de, gerando decisão dotada de efeito geral e vinculante, atacar o ato do poder público ora impugnado e abarcar a controvérsia constitucional quanto à interpretação do preceito fundamental invocado, o que atingirá não apenas nomeações pelo Presidente da República para cargos no Poder Executivo Federal, mas toda e qualquer nomeação por Chefe de Poder Executivo nos demais entes da Federação;

d) Depreendo, no olhar prefacial que caracteriza o juízo sobre a liminar, plausibilidade de violação ao preceito fundamental invocado, bem como *periculum in mora* a semear insegurança jurídica, com o afastamento liminar do Ministro do Estado da Justiça do cargo, caso não se exonere do cargo de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, sem, no entanto, macular quaisquer atos que tenham sido por ele praticados no exercício da função;

e) Considerando a eficácia vinculante da decisão liminar que se está a proferir e o potencial impacto na administração pública dos demais entes republicanos que se enquadrem na interpretação do preceito fundamental aqui delineado, proponho que os efeitos desta decisão principiém no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sem prejuízo de cumprimentos voluntários em prazo anterior.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, também eu cumprimento o eminente Relator pelo voto denso e aprofundado que analisou a matéria.

Eu, pessoalmente, acho que está menos em jogo um ato governamental específico e mais em discussão a definição do perfil institucional do Ministério Público. Portanto, a discussão que aqui se faz é uma discussão de natureza constitucional de compreensão de como o Ministério Público deve funcionar dentro do balizamento constitucional brasileiro.

Eu devo dizer, Presidente, que eu tive alguma dificuldade quanto ao cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, por algumas razões. A primeira delas é que os atos impugnados são: um decreto de efeitos concretos da Presidente República e uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, revogadora de outra, que se limitaria a declarar algo que já decorre da Constituição.

A presente hipótese poderia ser enfrentada por uma ação subjetiva, em um processo individual. E, de fato, a questão foi objeto de uma ação popular, na qual se concedeu medida liminar, que veio posteriormente a ser suspensa pelo Tribunal Regional Federal, penso até mais por deferência ao Supremo do que propriamente por divergência em relação ao conteúdo da liminar.

Portanto, eu não acho que este cabimento seja um cabimento singular.

Pelo contrário, entendo que é um cabimento extremamente complexo.

Porém, aqui, existem, a meu ver, duas singularidades das quais nós não podemos nos afastar.

A primeira delas, Presidente, é que, na ADPF 378, da relatoria original do Ministro Luiz Edson Fachin, após o ajuizamento do pedido, foram ajuizadas também medidas cautelares que questionavam atos concretos, praticados no âmbito da Câmara dos Deputados. O Ministro Fachin deu a medida cautelar suspendendo os atos e trouxe a matéria a este Plenário para discutirmos a validade e a eficácia de atos concretos. E o Plenário, por unanimidade, entendeu cabível a ADPF e, por maioria, efetivamente concedeu a medida cautelar naquela hipótese. A justificativa que o Ministro Fachin trouxe, quando apresentou a matéria em Plenário, é que, apesar de serem atos concretos, existia relevante controvérsia constitucional. Portanto, nós temos um precedente, muito recente, de aceitarmos a deliberação sobre ato de efeitos concretos.

E penso também que, singularizando este caso quanto ao cabimento, há um argumento trazido pelo Ministro-Relator, no seu voto, que me pareceu digno de nota. É que, na verdade, nós não estamos aqui propriamente discutindo, em sede de processo objetivo, o ato específico de nomeação do Ministro da Justiça; nem – eu penso – a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que revogou uma resolução. Eu teria dificuldade de declarar a inconstitucionalidade de uma resolução revogadora, mas – e acho que esse foi um *insight* relevante trazido pelo Relator – o

que nós estamos discutindo aqui é a institucionalização de uma prática que se afigura contrária à Constituição, pelo menos à luz da jurisprudência que o Tribunal sempre praticou. Portanto, penso que esta é a matéria que está sendo deliberada, e ela, sim, tem cabimento em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em que se discutiu a questão da anencefalia, em que eu mesmo fui advogado – uma fase farta e florida da vida, e não essa fase espartana e espinhosa, mas boa, porque permite servir ao País –, o fundamento da ação era a existência de um conjunto de decisões judiciais discrepantes, porque – e funcionava assim, Ministro Gilmar – o médico, para realizar o procedimento, exigia autorização judicial. Por causa disso, a gestante precisava ir ao juiz e pedir autorização judicial para interromper a gestação. Alguns juízes davam autorização e outros negavam a autorização. Dessa forma, havia um conjunto de decisões judiciais divergentes, em que muitos juízes não permitiam a interrupção da gestação, o que, a meu ver, violava gravemente o direito fundamental das mulheres à liberdade reprodutiva.

Portanto, na ADPF 54, havia um conjunto de decisões judiciais. Na presente ADPF, há um conjunto de decisões administrativas. Há, como o ilustre Advogado-Geral da União fez portar aos Ministros, em memorial, mais de duas dezenas de atos administrativos contendo essas nomeações, muitos dos quais aprovados pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Por estas razões, penso que a relevância da questão constitucional e a existência de uma prática administrativa reiterada em contraste com a jurisprudência do Supremo constituem elementos que justificam o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, o meu encaminhamento, que não discrepa do voto do Relator, é que nós vamos nos pronunciar – e, aí talvez, com ligeira divergência – não sobre o ato específico de nomeação do Ministro da Justiça nem sobre a validade da Resolução, nós vamos nos pronunciar acerca da legitimidade ou não de se nomearem membros do Ministério Público para cargos políticos no Poder Executivo.

E, então, eu passo ao mérito da minha manifestação, que é breve, Presidente, não sem antes elogiar, como já fizeram os meus antecessores, os eminentes advogados que estiveram na tribuna, Doutor Renato Campos Galuppo; o Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardoso, a quem desejo sorte na árdua missão; o eminente ex-Procurador-Geral da República Doutor Aristides Junqueira; e o não menos eminente e estimado Doutor Rodrigo Janot.

Eu começo o meu voto, quanto ao mérito, para dizer que não vejo relevância – eu propriamente não estou dizendo que não conheço, porque eu acho que já conheci da ação –, mas eu não vejo relevância na invocação do princípio federativo neste caso. Acho que não tem, com todas as vênias, nenhuma pertinência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Apenas esclarecer porque, havido o voto do ministro Fachin, também não vi nenhuma relevância e sequer mencionei, mas simplesmente a questão não assumiu relevância em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Porque a afirmação da inicial é que o ato impugnado “sujeita um agente público do Estado da Bahia a ser subordinado da Presidente da República”. Se esse argumento pudesse prevalecer, se fosse procurador da República, então, poderia, porque é um agente público federal. E, se fosse um defensor público estadual, não poderia, o que também não me parece ser uma tese pertinente.

De modo que a questão do princípio federativo, eu acho que não se aplica.

Eu acho que há dois dispositivos, aqui, relevantes, já lidos pelo eminente Relator, e eu vou abreviar minha exposição, que são o art. 127, § 1º, da Constituição, cuja dicção é a seguinte: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.”

E o segundo dispositivo relevante é o art. 128, § 5º, II, *d*, que inclui entre as vedações aos membros do Ministério Público: “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;”

E eu, aqui, concordo com a eminente Ministra Cármen Lúcia quando observa que o art. 129, inclusive o inciso XI, se refere a funções institucionais do Ministério Público e não a cargos para os quais o membro do Ministério Público seja convidado *ratione personae*. Nós, aqui, estamos falando de posições em que o eventual indicado vai *ratione institutionem*, e não *ratione personae*.

Portanto, interpretando esses dois dispositivos que acho que são relevantes, o 128, § 5º, II, *d*, e o 127, § 1º, na verdade, interpretando o 128, § 5º, II, *d*, à luz do princípio da independência funcional, inscrito no art. 127, § 1º, parece-me que a jurisprudência que se formou, aqui, no Supremo Tribunal Federal, é a melhor e é a que deve prevalecer, com todas as vênias dos ilustres advogados que sustentaram, da melhor forma possível, os argumentos disponíveis em sentido contrário.

Penso que o propósito da Constituição foi equiparar as vedações aplicáveis ao Ministério Público às vedações que são aplicáveis à Magistratura e que constam do art. 95 da Constituição. Até porque, pedindo todas as vênias à igualmente proficiente sustentação do doutor Rodrigo Janot – e acho que essa talvez seja a questão institucional mais delicada. Ao se validar a nomeação de procuradores de justiça, por exemplo, a cargos de ministro de Estado ou de qualquer outro cargo essencialmente político, cria-se, para os membros do Ministério Público, um incentivo para agirem politicamente, para agirem com considerações políticas na sua função de proteção do interesse público, inclusive, eventualmente, para conquistar a simpatia do chefe do Executivo e obter determinado cargo público.

Portanto, este não é o tipo de incentivo que a Constituição e o Supremo Tribunal Federal queiram dar a um órgão que deve ter insulamento em relação à política e distanciamento crítico em relação a políticas públicas e decisões tomadas no âmbito do processo político.

E aqui eu registro que a atuação de promotores e procuradores de justiça em cargos políticos da Administração Pública, dentro de administrações que foram eleitas

por um partido político, que estão implementando um determinado projeto político, a meu ver, incide também na proibição da alínea e, do art. 128, §5º, II, porque ser Ministro de Estado e ser Secretário de Estado não deixa de ser, em alguma medida, uma atuação político-partidária. O papel de um Ministro de Estado, além da sua subordinação à vontade do Presidente da República, é fazer valer o programa de governo, seja do partido, seja da Administração, que tem uma dimensão essencialmente política.

Portanto, entendo que quem exerce função de Estado, como é o caso do membro do Ministério Público, não deve poder exercer função de governo. Função de Estado exige distanciamento crítico e imparcialidade; e função de governo exige lealdade e engajamento.

Na medida em que falei isso e vi as pessoas na plateia, lamento pelas consequências imediatas que esta nossa decisão produzirá sobre pessoas de grande capacidade, de grande qualificação, que atualmente desempenham cargos como Secretários de Estado, em muitos Estados da Federação, e que prestam bons serviços ao país. Mas aqui não é uma decisão em razão das pessoas; é uma decisão de proteção institucional, proteção deste papel exponencial que a Constituição deu ao Ministério Público. E, assim, como acho que quem tem armas não pode ter poder político – quem tem armas têm que estar subordinado ao poder civil –, acho que quem tem os poderes que o Ministério Público tem, tanto de denúncia como de tutela do interesse coletivo, não pode estar ligado a políticas de governo.

Sem mencionar – e aqui vou concluir, Presidente – que, por exemplo, o Ministério Público propõe ações civis públicas de grande relevância, seja em matéria ambiental, seja em matéria de proteção de direitos dos presos, seja em matéria de proteção de direitos das minorias em geral, muitas vezes contrapondo-se a governos, como é próprio do seu papel. Penso que seria péssima a suposição de que o Ministério Público possa estar ajuizando ações civis públicas ou tendo qualquer tipo de atuação, inclusive e sobretudo em matéria criminal, que possa estar conectada a qualquer tipo de interesse político. De maneira que o insulamento, aqui, em relação à atividade política é o que protege o Ministério Público; e, mais do que proteger o Ministério Público, é o que protege a cidadania de eventual malversação desse poder imenso que a Constituição deu ao Ministério Público. Dessa forma, nesse exemplo que dei das ações civis públicas, a simples dúvida de que uma ação judicial proposta pelo Ministério Público possa ter motivação política, para mim, já é grave o suficiente.

Gostaria de deixar claro, Presidente, antes de concluir, que estou me pronunciando sobre a investidura de membros do Ministério Público em cargos do Poder Executivo, em cargos de natureza política do Poder Executivo, de livre nomeação e livre exoneração pelo Chefe do Executivo. Não estudei aqui, porque não era a hipótese, questões próximas, mas distintas, como a dos Conselhos – tanto o Ministro Gilmar como o Ministro Fachin já ressaltaram. Mas há outras possibilidades. Não cogitei aqui, por exemplo, se o Presidente do Conselho Nacional de Justiça cogitar de ter a assessoria, numa determinada situação particular, de um membro do Ministério Público. Essa questão não está incluída – não estou nem dizendo que

sim nem que não – nas minhas preocupações aqui. Logo, o que estou afirmando peremptoriamente, e, portanto, aderindo à conclusão do Ministro-Relator e à do Ministro Fachin, com pequenas variações, é a de que membro do Ministério Público não pode ocupar cargo político no âmbito do Poder Executivo, como são, por exemplo, os de Ministros de Estado e os de Secretário de Estado.

Gostaria de ressaltar que a nossa decisão, embora não inove em relação à jurisprudência do Supremo, inova em relação a uma prática que era admitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Por esse motivo, penso que devemos deixar claro que nenhum ato que tenha sido praticado até aqui por esses agentes públicos deixa de ser válido por esta razão; a invalidade vai existir daqui para frente.

E também estou de acordo, não para o caso concreto, do Ministro da Justiça, que acabou de ser nomeado, mas para os casos de membros do Ministério Público que já estejam em exercício há algum tempo – e, pelo que eu vi da listagem aqui, muitos já estão há bastante tempo –, que se assegure um prazo de transição. Eu tinha pensado em trinta dias, mas o Ministro Fachin usou a analogia da Lei de Introdução ao Código Civil e, assim, utilizou quarenta e cinco dias. Para não divergir nessa miudeza – até porque acho que é um critério razoável e objetivo –, eu estou também aderindo a esta sugestão de um período de quarenta e cinco dias, porque, nos casos de secretário de segurança, por exemplo, talvez seja preciso escolher o nome e realizar uma transição adequada.

Portanto, Presidente, eu estou deferindo a cautelar, acompanhando o Relator no deferimento para afirmar, como a razão de decidir e como tese jurídica do meu julgamento, que membros do Ministério Público não podem ser investidos em cargos políticos do Poder Executivo, como por exemplo, os de Ministro de Estado e os de Secretário de Estado. E, tal como Ministro Fachin, a concessão do prazo de transição de quarenta e cinco dias vale para quem já estava no cargo há algum tempo; e, logo, não se aplica a esta situação específica, a qual é uma nomeação corrente e presente.

Pedindo todas as vênias aos ilustres profissionais que sustentaram diferentemente, é como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ainda estamos no início da tomada de votos. Até aqui foram três. Vossa Excelência pretende concluir esse julgamento ainda no dia de hoje?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Se os Colegas concordarem...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Justifico a indagação: tenho agenda no Gabinete.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro, eu proporia aos Colegas que nós cancelássemos, mais uma vez, infelizmente, a Sessão Administrativa, mas nós temos um encontro marcado com a discussão do Estatuto da Magistratura, portanto, eu convocarei uma próxima para a quarta-feira subsequente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Presidente, acho que, de qualquer forma, valeria adiantar, porque amanhã ficarei uma parte da sessão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu entendo.

Eu proporia, então, cancelar a Sessão Administrativa e nós continuarmos mais um pouco. Se o Ministro Marco Aurélio quiser adiantar o voto, Vossa Excelência ficaria à vontade para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se os Colegas concordarem, porque, realmente, não gosto de assumir compromissos e deixar de honrá-los, adiantarei o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência me permite, Ministro Marco Aurélio? Essa é uma questão tão sensível, de tamanha importância, que é fundamental que terminemos hoje essa votação. Então eu faria um apelo a Vossa Excelência, se Vossa Excelência puder...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Serei muito breve.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não, não é isso, que Vossa Excelência realmente pronuncie seu voto, que será muito bem-vindo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não tomarei mais do que cinco minutos do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se houvesse liminar com alcance de proceder ao retorno do, hoje, Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardozo, ao Ministério da Justiça, a implementaria, porque Sua Excelência honrou e engrandeceu o Ministério da Justiça.

Há quem diga, coisa na qual não acredito, que o Supremo tudo pode. Já veiculei que talvez essa óptica decorra da circunstância de não haver órgão acima dele, para aferir o merecimento ou não dos pronunciamentos que formalize. O Supremo pode nos estreitos limites – porque a atuação é vinculada ao Direito positivo –, do arcabouço normativo, da legislação em vigor, especialmente a constitucional.

Concordo com o que foi asseverado da tribuna pelo Advogado-Geral da União. Normas instrumentais encerram segurança jurídica. Diria, como já o fiz neste Plenário, que encerram liberdade em sentido maior: saber, em um certo processo, o que pode ou não ocorrer.

A situação é ímpar, porque, na primeira parte – diria, considerada a inicial da ação, tal como formalizada, sem cogitar do aditamento –, trata-se de ação em processo objetivo, com endereço certo: fulminar ato do Executivo nacional, fulminar a escolha de um grande quadro do Ministério Público da Bahia, em termos de serenidade, em termos de cultura, a escolha do Procurador de Justiça, para a titularidade de Ministério da maior importância, como é o da Justiça, o procurador Wellington César Lima e Silva.

Será que podemos transmutar essa arguição de preceito fundamental, a versar simples escolha de titular de pasta na Esplanada dos Ministérios? Será que podemos transmutá-la em ação individual? Em um mandado de segurança? Em uma ação popular, tal como ajuizada na Primeira Vara Federal de Brasília? A resposta para mim,

Presidente, sob pena de se colocar a organicidade do Direito em segundo plano, é Supremo Tribunal Federal desenganadamente negativa.

A segunda parte, alusiva à resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Ouvi aqui que, a pretexto de se regulamentar, se teria lançado, no cenário jurídico, ato normativo abstrato autônomo ao se pretender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental faça as vezes de ação direta de inconstitucionalidade. No memorial, muito bem redigido, como os memoriais em geral da Advocacia-Geral da União, cita-se precedente – e não estou querendo enaltecer ato praticado no passado – da minha lavra, ou melhor, um precedente do Plenário, considerado voto que prolatei como Relator, em que se assentou:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – IMPROPRIEDADE – “ERRO GROSSEIRO” – afastando-se o princípio da fungibilidade – ADMISSÃO COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Inadmitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante “erro grosseiro” na escolha do instrumento,... – e, na primeira parte, o instrumento está sendo utilizado para fulminar um ato do Poder Executivo Nacional – ...considerado o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999,... – não me consta que o preceito foi revogado – ...descabe recebê-la como ação direta de inconstitucionalidade. ADPF 314, Agravo Regimental.

Em época de crise – e precisamos admitir que estamos praticamente no pico de uma crise sem precedentes –, cabe observar princípios e valores, atuar com serenidade, com temperança, com apego – vou repetir mais uma vez – ao Direito positivo.

Não tenho a menor dúvida que essa decisão do Supremo acaba agravando a crise institucional vivenciada. Constatamos que o arguente é um partido político que, certamente, não está na base do Governo, o Partido Popular Socialista. É parte legítima, não há a menor dúvida, universal, como ressaltou o ministro Luiz Edson Fachin, para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Mas utilizou essa ação nobre, que deveria ser reservada a situações realmente de repercussão maior, indevidamente.

A questão que estamos a enfrentar é, sim, institucional. E, no caso, não cabe flexibilizar as normas de regência, não cabe a interpretação ampliativa dessas normas de regência.

O óbice, e fica até difícil sustentar, é intransponível, praticamente já certificado em documento público. Tem-se meio eficaz para afastar do cenário o ato de escolha do Procurador de Justiça. Tanto se tem, que foi ajuizada ação própria, a ação popular, admitida pelo Juízo da Primeira Vara Federal de Brasília, que implementou liminar, ou seja, pronunciamento de urgência.

Podemos desconhecer, sem eleger o critério de plantão para julgamento deste caso, reiterados pronunciamentos do Supremo? E não houve discrepância. Esses pronunciamentos estão mencionados no memorial da Advocacia-Geral da União, da Secretaria-Geral de Contencioso. A meu ver, não, Presidente. A ação de descumprimento de preceito fundamental não é panaceia. Não é remédio para todos os males.

A ação de descumprimento de preceito fundamental não pode ser admitida para, simplesmente, cassar-se – e não sei se a cassação é realmente com “ss” ou com “ç” – ato do Executivo Nacional.

Há mais: a regência é da lei regedora da arguição de preceito fundamental. E salta aos olhos, pelo menos para mim, o óbice decorrente dessa mesma lei, à admissibilidade da ADI.

Ouvi as sustentações da tribuna; o representante do partido arguente, o Advogado-Geral da União e também o Doutor Aristides Junqueira, falando pela Conamp, e não tenho a menor dúvida – a não ser que haja desaprendido por completo e possa passar borracha nos reiterados pronunciamentos do Tribunal – quanto à incidência do óbice legal. Ou ele não existe?

Há a problemática alusiva ao sistema de processamento da ação popular, chegando-se ao Supremo. Mas não se chegue com queima de etapas, *per saltum*. Este é outro problema, no que decorre da ordem jurídica em vigor. Concordo com o Ministro, se não me falha a memória, Luiz Edson Fachin ou Luís Roberto Barroso: um dos dois disse que a suspensão da liminar – estava, na oportunidade, atendendo a uma necessidade fisiológica e ouvi pelo autofalante – decorreu de deferência ao Supremo, ou seja, para ouvir-se a voz do todo poderoso Supremo.

O meu entendimento sobre a Constituição Federal está no acórdão, tão mencionado, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.574-6, mas tenho dificuldade enorme em implementar medida acauteladora neste caso. Se o fizer, a esta altura – e jamais chegaria a uma extensão fora do pedido formulado, fulminando outras nomeações que se têm nos estados brasileiros –, contrariaria a premissa de meu voto. Daria o dito pelo não dito para, simplesmente, cassar o ato da Presidente da República, desgastando-a, ainda mais, no cenário nacional e aprofundando a crise decorrente do impasse entre Executivo e Legislativo, que aprofunda, agrava, a econômica-financeira, esta a repercutir na mesa do trabalhador. Onde vamos parar, Presidente?

Estou impossibilitado – sob o ângulo instrumental, não substancial, considerada a Carta da República –, no caso, de deferir a liminar. Então, não admito, em um primeiro passo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela impossibilidade jurídica. Declaro o arguente carecedor da ação proposta e, em passo seguinte, indefiro a liminar.

É como voto e peço licença para me retirar, Presidente, visando, ante o horário, cumprir a agenda do Gabinete.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, com a vênia do Ministro Marco Aurélio, eu conheço da ação.

Confesso que também fiquei com uma certa dúvida a respeito da Resolução 2011, pela razão trazida pelo próprio Relator de que se trata de uma resolução que, na verdade, operou uma revogação. Ela expressamente teve o propósito de não disciplinar. Essa foi a sua finalidade. Ocorre que, também como salientou o Ministro-Relator, essa revogação foi entendida com uma autorização e veio acompanhada de uma subsequente instauração de uma espécie de costume ou de uma prática de deferimento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Ministro Teori, até por conta da prensa, nem tive tempo de esclarecer isso, mas esclareci no sentido de que veio este entendimento... Nos *consideranda*, nós já temos também esses esclarecimentos de que o intuito era inclusive permitir o exercício e talvez lograr uma mudança do entendimento do Supremo. Isso também está dito nos *consideranda*. Mas a norma aqui é aquilo que já falava o Larenz, o velho Reale, o também professor Peter Häberle, quer dizer, a norma é sua interpretação. Nesse sentido, nós não podemos desacoplar essa norma revogadora – como Vossa Excelência está fazendo – da práxis que depois se seguiu. Veja que nós tivemos os precedentes. Tivemos mandados de segurança aqui contra o CNMP quando o CNMP indeferiu a ida de membros do Ministério Público para governos estaduais, com base na resolução anterior. E depois se passou a permitir sem maiores embaraços.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – De qualquer modo, em outras oportunidades o Tribunal tem promovido o controle em abstrato da constitucionalidade de certas práticas. Há pelo menos dois exemplos a respeito de práticas instituídas no processo legislativo do Congresso Nacional, que foram objeto de controle pelo Supremo.

E quanto ao mérito, vou manter a jurisprudência do Supremo, não só porque se trata de uma jurisprudência consolidada, mas porque realmente é uma jurisprudência que, no meu entender, espelha exatamente o mandamento constitucional.

Invoca-se o artigo 129, inciso IX, da Constituição, como autorizador do exercício dessas funções por membros do Ministério Público. Ocorre que o artigo 129 é o que define as funções institucionais do Ministério Público, ou seja, as funções que pertencem tipicamente ao cargo atribuído aos membros do Ministério Público. E o inciso IX tem que ser interpretado nesse contexto. O inciso IX trata de funções a serem exercidas na condição de procurador ou de promotor. Para usar uma expressão aqui utilizada pelo Procurador-Geral da República, são aquelas funções que se exercem com o chapéu de promotor. Isso é que explica que se admita a possibilidade de um promotor ou de um procurador exercer cargos em conselhos. Ele o faz na condição de procurador ou de promotor.

Em suma, eu poderia resumir meu voto da seguinte maneira: não se pode considerar função institucional do Ministério Público aquela que, para ser exercida, deva o membro do Ministério Público se afastar do cargo, como é o caso. Para exercer a função

de Ministro de Estado, ele tem que se afastar, tem que pedir afastamento do cargo, ou da função de promotor. Não pode ser considerada esta uma função institucional.

Com essas breves considerações, eu vou acompanhar o Relator. Eu só gostaria de fazer um acréscimo quanto à liminar. A liminar realmente deve ter um efeito *ex nunc*, mas a consideração do efeito *ex nunc*, no meu entender, deve ser entendida, como aliás o Ministro Barroso também fez referência, nesse sentido de preservar os atos passados, praticados no exercício da função estranha à do Ministério Público. Mas não admitir que, daqui para frente, os detentores desses cargos continuem praticando. Talvez seja o caso também – e eu tinha aqui imaginado um prazo de cinco dias, e não aquela imediatidade sugerida no voto do Relator...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Permita-me, Ministro Teori? Eu estava aqui refletindo um pouco sobre isso e dialoguei com o Ministro **Barroso**, com o Ministro **Celso**, com o Ministro **Gilmar** e, também, agora, com o Ministro **Fachin** sobre uma proposição que eu faria, já no meu voto, ao acompanhar o Ministro **Gilmar**. Já transformaríamos a deliberação em julgamento definitivo, como fizemos outras vezes, porque tudo se encaminha para um resultado, pelo que verifico, em maior ou menor grau, dependendo do conhecimento que estabelece o voto, em parte, divergente do Ministro **Fachin**. Proponho desde logo já fazer o julgamento definitivo e fixaríamos um prazo razoável de vinte dias, já com o julgamento definitivo, e não nessa discussão de liminar, se a liminar é *ex tunc*, se a liminar é *ex nunc etc.* Já a convolaríamos em julgamento definitivo e estabeleceríamos um prazo de vinte, vinte e cinco dias, o que for razoável segundo o Colegiado, num denominador comum.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Para eventuais desenlaces quanto à exoneração.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu não tenho nenhuma oposição a isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Eu também não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Apenas acho que quarenta e cinco dias seja um prazo demasiado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Muito grande.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Se até para Ministro de Estado, nós estamos dizendo que tem que ser imediato, eu acho que para um chefe...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Aqui nós chegamos a uma ideia de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Eu queria observar que devemos ser pouco transigentes com as práticas que afrontam a jurisprudência do Supremo. Neste caso, houve o propósito inequívoco de enfrentar a jurisprudência do Supremo, por isso me parece que não podemos estender esses prazos em demasia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu queria dar uma informação de caráter regimental, que talvez possa auxiliar na solução dessa controvérsia. Regimentalmente, nós aprovaríamos a ata amanhã e ela só poderia

ser publicada na segunda-feira. Portanto, nós teríamos o resultado possivelmente proclamado hoje, de forma pública, teríamos amanhã, sexta-feira, fim de semana e segunda-feira. São cinco dias.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: E mais vinte dias, porque isso envolve estados, outras áreas. Penso que já convolaríamos a liminar em julgamento definitivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E porque, em alguns estados, inclusive, a questão é mais grave, porque se tem situações de Secretário de Segurança Pública e de Defesa Social...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Mas a questão é substituir. Vinte dias, (inaudível) também é um pouco exagerado...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Dá tempo para fazer a transição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Há, também, secretários. Penso em vinte dias, a partir da publicação da ata. O Relator parece que se põe de acordo, e julgáramos já em definitivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não. O Ministro Barroso fez uma distinção entre os casos que ocorrem nos estados, muitos deles por anos já, e outro que é este que estamos examinando em particular, que é a nomeação do Ministro feita dois dias atrás, salvo melhor juízo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Se nós olharmos o voto do Ministro Gilmar Mendes está parecendo esse prazo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Inclusive abrangendo o Ministro ora nomeado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Sim, todos. E aí já julgamos o mérito, para não termos que revisitar esse tema daqui a seis meses.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Mas se eu entendi, o ministro Barroso não ressaltou os secretários.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não, o Ministro fez uma distinção, salvo melhor juízo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu não apliquei ao Ministro da Justiça recém-nomeado, apliquei à situação dos estados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas o Ministro Toffoli está propondo estender ao Ministro da Justiça?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Para julgarmos em definitivo a ADPF, não só a liminar. Vinte dias, a partir da publicação da ata, todos se adéquam. Pronto. Obviamente que os atos praticados são válidos até lá, etc e tal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – E, com um prazo desse, talvez pudéssemos inclusive minimizar uma eventual crise, porque, com vinte dias, é possível planejar uma transição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Sim, nos estados. Não fica um prazo tão longo como quarenta e cinco dias, nem tão curto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas a decisão do Ministro Gilmar tem dois capítulos. No primeiro deles, ele estabelece uma eficácia instantânea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E essa eficácia de vinte dias seria para o segundo item?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso. Deixe eu reler o voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Se fosse conveniente, Presidente, continuar a tomada de votos e, ao final, considerar já o que se tem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – O Ministro Gilmar está de acordo que se transforme em julgamento definitivo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Estou.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – E que se faça uma modulação para aplicar em vinte dias, a contar da publicação da ata.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vinte dias, afetando inclusive as designações já efetivadas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Certo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Portanto cessa a ultra-atividade. Todos os que foram nomeados têm de ser exonerados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ou seja, esses vinte dias a partir da publicação da ata, na verdade, são vinte e cinco dias, que é um prazo mais do que razoável.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É um bom prazo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É o tempo para que não haja também solução de continuidade para aqueles que estão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, perfeito.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, com essa retificação de voto do Ministro-Relator, eu acompanho Sua Excelência integralmente.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, quando examinamos, há algumas semanas, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade de execução antecipada da pena em *habeas corpus* sob a relatoria do Ministro Teori

Zavascki, eu disse que, a respeito da relevância, da importância da questão, estava me orientando, nesta Corte, no sentido de privilegiar a sua jurisprudência, pelo valor dos precedentes em si. E esse tem sido o meu norte.

Tive, com relação especificamente a esta ADPF, as mesmas dúvidas que alguns já manifestaram quanto ao conhecimento da ação, em especial em função do princípio da subsidiariedade.

E aqui, Senhor Presidente, eu me escuso, pela pressa, por ter deixado de louvar, no primeiro momento, o voto profundo, denso do Ministro Gilmar Mendes e as belíssimas sustentações orais – todas elas extremamente ricas e com dados relevantes à reflexão.

Como eu dizia, tive dúvidas com relação, em especial, ao princípio da subsidiariedade, mas estamos a examinar a ação em sede de cautelar e, atenta à ADPF 33 e à ADPF 378 quanto especificamente à interpretação do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.282/1999, vejo que o Supremo está fazendo um novo desenho, está emprestando a esse importante instrumento processual e constitucional – antes de tudo – uma arquitetura nova.

Por isso, peço vênias ao Ministro Marco Aurélio e acompanho, frente à relevância da matéria constitucional, o Relator quanto ao conhecimento da ação.

E, quanto à questão de fundo, ainda que não se trate mais, pelo visto, de juízo de deliberação – pela conversão desde logo em exame definitivo –, eu acompanho, com todas as vênias às compreensões contrárias, o entendimento manifestado pelo eminente Relator. E o faço não só pelos precedentes todos e pela jurisprudência consolidada da Suprema Corte, mas também pelo meu convencimento, pela minha leitura da Constituição, a partir do art. 127 conjugado com o art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*, do texto constitucional, com a compreensão de que há impedimento sim ao exercício de cargo outro, ainda que em disponibilidade. Afasto a propugnada interpretação sistemática a partir do art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, porquanto compreendo que este dispositivo diz respeito – como a Ministra Cármen Lúcia, em primeiro lugar, ainda hoje, aqui apontou – à instituição Ministério Público, e não aos membros do Ministério Público isoladamente ou individualmente considerados.

Então, com essas breves considerações, é **como voto**.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, ilustre representante do Ministério Público, egrégio Tribunal Pleno, ilustres advogados aqui presentes.

Senhor Presidente, eu também gostaria de louvar aqui as belíssimas sustentações que foram proferidas da tribuna e também destacar que, na sua manifestação inaugural, foi belíssima a sustentação do eminente Ministro José Eduardo Cardozo, a quem eu também, se estivéssemos em um sistema anglo-saxônico, defenderia um *injunction* para ver se ele voltava imediatamente para o Ministério da Justiça. Mas Vossa Excelência mostrou-se, também, extremamente hábil na Advocacia-Geral da União, de sorte que até uma acumulação seria desejável.

Senhor Presidente, vários argumentos aqui já foram utilizados e eu gostaria talvez de fazer a minha abordagem sob uma outra óptica rápida. Nós já chegamos à conclusão aqui, em algumas ações de controle de constitucionalidade, que as ações constitucionais são ações também, e a elas se aplica a teoria geral das ações. Por essa razão, nós admitimos cumulação de pedidos aqui, falamos em “*causa petendi* aberta” e já recentemente aduzimos à possibilidade da fungibilidade das ações constitucionais. Porque, toda vez que há uma lesão grave a um bem jurídico, se a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é preciso aproveitar a ação proposta.

Nosso Decano tão bem explorou esse tema, em um determinado momento, sobre as ações possessórias. Em qualquer moléstia à posse, ainda que a parte ingresse com ação de reintegração, se o caso é de manutenção, dá-se a manutenção. Dá-se uma fungibilidade das ações, sem violar o princípio de que o juiz está adstrito ao pedido. Assim também tem que ocorrer com relação às ações constitucionais, porque não há agressão maior do que agressão à própria Constituição. Então, se ingressa com ADPF e nós verificamos que a hipótese é de ADI, nós temos que aceitar, porque daqui não passa, não tem para onde ir.

Por outro lado, nós estávamos em sede de medida de urgência, mas, ainda que não estivéssemos, as Leis nº 9.868 e 9.882 se interpenetram, elas se aplicam subsidiariamente. Então, a ação de preceito fundamental é um pouco mais econômica nos ditames procedimentais, mas ela admite a integração através da Lei nº 9.868, que dispõe sobre a ação declaratória de inconstitucionalidade, de sorte que o conhecimento desta ação dar-se-ia de toda e qualquer maneira. Quer dizer: é uma ADPF e, ainda que não fosse, a ação seria absorvida pelo Supremo Tribunal Federal, porque aqui é uma questão constitucional que precisa ser resolvida e ela tem que ser resolvida pelo guardião da Constituição Federal, que é o próprio Supremo Tribunal Federal.

Anotei, ainda, que a própria Lei da ADPF diz que não se admitirá a arguição de descumprimento de preceito quando houver qualquer meio eficaz. O voto do Ministro Gilmar Mendes traz aqui uma lição de Klaus Schlaich que é insuperável no sentido de que a própria Corte Constitucional alemã, diante dos recursos cabíveis, diante da atipicidade de recursos, admite que esse recurso tenha maior amplitude se for para a defesa da ordem constitucional.

Ora, não há meio mais eficaz do que a ADPF, basta que nós observemos os limites subjetivos da coisa julgada nessa decisão de preceito fundamental. E ela é tão mais eficaz que há aqui o pedido de modulação para que se resolva uma questão que tem um espectro muito maior do que esse voltado para a simples, digamos assim, exoneração de um integrante do Poder Executivo. Então, entendo que ela é eficaz, ela é efetivamente o meio mais eficaz e ela é perfeitamente admissível, quer sob o ângulo constitucional, que aqui já foi exposto, quer sob o ângulo processual.

No tocante à parte de mérito, eu também tenho, digamos assim, uma admiração especial pelo Procurador Wellington Silva, porque pertencia ao Ministério Público e o conhecimento de há muito – ele tem todas as virtudes para exercer qualquer cargo –, mas a verdade é que nós estamos aqui mais ou menos como estávamos quando do julgamento da Lei da Ficha Limpa 1, ou seja, na Lei da Ficha Limpa 1, havia uma

ponderação do princípio da moralidade política, mas havia uma regra constitucional estabelecendo que não se podia mudar a regra do jogo eleitoral no próprio ano, de acordo com o art. 16, e, num confronto constitucional entre regras e princípios, não há como um princípio superar uma regra. E aqui nós temos uma regra clara, que é a regra, aqui já mencionada, do art. 128, inciso II, que veda que integrante do Ministério Público exerça, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Então, evidentemente, através de um belo raciocínio, articula-se que isso estaria gerando uma certa antinomia com o inciso IX.

Sucedo que nós não vivenciamos o problema que o professor Otto Bachoff denominou de inconstitucionalidade de normas constitucionais. No nosso sistema, é vigente o princípio da unidade da Constituição. Então, as regras constitucionais não são antinômicas. Elas têm que ser harmonizadas numa interpretação, e essa interpretação se dá exatamente, como aqui já foi exteriorizado por todos os Ministros que me antecederam, no sentido de que a regra é clara, *in claris cessat interpretatio*: não pode exercer outra função pública. E o que o inciso IX estabelece é que as funções públicas passíveis de exercício são funções *interna corporis*, são aquelas funções inerentes ao próprio Ministério Público.

Mas, ainda que nós quiséssemos duvidar da possibilidade de debatermos essa questão da inconstitucionalidade de normas constitucionais, nós teríamos uma solução à luz do princípio geral que está insito no art. 127, que diz qual é a função do Ministério Público, como aqui destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, que, também, na sua obra sobre Curso de Direito Constitucional contemporâneo, é assertivo no sentido de que não há antinomias, nós temos o princípio da unidade da Constituição, que é um princípio de interpretação da própria Constituição Federal.

Então, a Constituição Federal não tem normas antinômicas, cada uma tem um destino certo. E, ainda que nós estivéssemos em dúvida nessa ponderação, nós teríamos que fazer prevalecer a regra maior do art. 127, que estabelece quais são as funções do Ministério Público, entre as quais vai estar incluída, exatamente, essa de exercer uma função na Administração Pública.

Eu, então, acompanhando essas modificações que foram aqui propostas, transformando julgamento em julgamento definitivo, eu acompanho, integralmente, o voto do Ministro-Relator, do Ministro Gilmar Mendes, com essa modulação temporal. E apenas para conjurar qualquer dúvida, em razão desse julgamento já definitivo, o item *b* da conclusão de Vossa Excelência é excluído...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Na verdade “Determinar a exoneração, nas quais, ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação solicitada, no prazo de ...”

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – É imediata, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. Tirei o “imediata”. “No prazo de 20 dias, a contar da publicação da ata do presente julgamento.”

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Ah, sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Na linha que o Presidente tinha...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E a primeira tese é estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da instituição. Estou de acordo, Senhor Presidente, acompanhando, integralmente, o Relator com essas adaptações.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, eu cumprimento, inicialmente, o próprio Partido Popular Socialista pela propositura dessa ação, porque havia uma discussão na sociedade sobre a legitimidade ou não de uma pessoa, que não está aqui em julgamento, a pessoa desse Procurador de Justiça, que é a mais qualificada possível, e vários Colegas já se manifestaram nesse sentido.

Mas ficava essa polêmica: pode ou não pode? O Ministro Relator, imediatamente, pautou o tema para que o Colegiado decidisse, diante da delicadeza da matéria. Vossa Excelência aqui, de pronto – embora tenhamos uma pauta de seiscentos, setecentos processos liberados –, diante da necessidade desse julgamento, colocou a matéria, imediatamente, em pauta para que nós deliberássemos sobre ela numa assentada única – como estamos a fazer aqui. Já transformando o julgado em julgamento de mérito, ou seja, em menos de uma semana, em quatro, cinco dias, contando o final de semana, estamos decidindo uma ação de maneira definitiva e não pontualmente para esse cargo ou aquele, mas para o conjunto do Ministério Público como um todo.

Cumprimento as sustentações orais, em especial, a do Advogado-Geral da União. Subscrevo as palavras do Ministro **Marco Aurélio** que, se estivesse aqui a decidir uma liminar para que Vossa Excelência voltasse, ele a concederia. Cumprimento Vossa Excelência, como um grande profissional do Direito, um grande professor, pela desenvoltura que demonstra ter. Senti uma certa leveza, inclusive, por estar na função de Advogado-Geral da União.

Mas, nesta oportunidade, também, eu faço o registro, como o próprio novo Advogado-Geral da União o fez, o eminente Ministro **José Eduardo Cardozo**, do trabalho realizado por meu sucessor lá na Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Adams, que é merecedor do nosso maior respeito.

Feitos os elogios, Senhor Presidente, eu julgo procedente a ação, na forma do voto do Relator, agora adequado com os itens *a* e *b*.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não. Agradeço a brevidade e a concisão de Vossa Excelência e felicito-o também pela proposta de convalidarmos esse julgamento em julgamento definitivo, de provisório em definitivo.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Presidente, não posso deixar de fazer as mesmas observações, de reiterar as observações quanto à excelência das sustentações orais, mas enfatizar a presença na tribuna do Ministro José Eduardo Cardozo, pela sua excelência, acompanhado por todos os outros, evidente, mas pela condução, especialmente porque ele vem exatamente do cargo, que é um dos que acaba sendo tocado por esta situação, portanto, pela grandeza com que se põe neste assunto.

E, também como afirmou o Ministro-Relator, o Ministro Gilmar, esta não é uma ação que gostaria de estar julgando, porque o tema é da maior importância, mas tem razão o Ministro Marco Aurélio, como ela vem num momento de dificuldades de toda ordem, evidentemente, neste caso, isto tem uma repercussão e uma consequência muito mais gravosa.

Também, Senhor Presidente, estudei com muito cuidado a questão dos requisitos para o cabimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque temos dois outros casos, um dos quais fui Relatora, no caso chamado “o caso dos pneus usados», em que se discutiu muito se poderia, se não poderia, em que condições valer-se desta via processual. O Plenário decidiu que havia uma questão tão relevante, que era mais importante, por ser a que dá possibilidade de pleno cumprimento à Constituição, se ter o julgamento na forma para que se cumprisse a justiça constitucional. Acho que é isso que estamos fazendo quando se cogita, aqui, da relevância da questão jurídica posta. E, neste ponto, ênfase não se estar a cogitar de uma ou outra pessoa, mas do regime Constitucional do Ministério Público, no que se reporta, especificamente, ao ponto relativo às vedações dos membros do Ministério Público, a interpretação do artigo 129, particularmente, quanto ao item IX, que se refere às funções institucionais do Ministério Público, que, evidentemente, se faz presente em Conselhos etc., como Supremo Tribunal Federal representante da instituição ou fazendo presente a instituição.

Também me parece superável a questão muito bem posta pela Advocacia-Geral da União quanto à dificuldade relativa à necessidade de haver a subsidiariedade, mas, neste caso – enfatizou de uma forma especial o Ministro Barroso –, há um questionamento permanente sobre isso por questões de processos administrativos, com um dado que me chama a atenção: é difícil questionar quando se trata de Secretário de Estado. O Ministério Público, o Conselho do Ministério Público estadual, por exemplo, terá anuído com a saída daquele membro, o Governador assim deseja. E esta é uma questão que acaba não tendo muito quem leve a juízo para questionar e depois se ter uma solução. E isso se prolifera, então, com questões que ficam pendentes, num caso se permite, em outro caso não. Por isso, acho que também neste caso, tal como posto pelo Ministro Barroso, achei que era um dado suficiente para a superação da dúvida que surge sobre o cabimento desta arguição de preceito fundamental.

Também chamo atenção para a circunstância de que estamos a tratar aqui institucionalmente, e não de nomes, porque nenhuma dúvida sobre os nomes postos, nem de secretário, muito menos do Ministro nomeado para o cargo de Ministro da

Justiça. Mas esse Ministério é de particular relevância. Para se ter ideia da sua relevância, basta lembrar que o Ministério da Justiça, no Brasil, foi criado antes de se “criar” o Brasil. O Decreto do Príncipe Regente Pedro de Bragança é de 3 de julho de 1822. O grito às margens plácidas do Ipiranga é de setembro daquele ano, e só depois, então, se teve Brasil como Estado, quer dizer, foi este Ministério criado antes, por isso o Presidente da República nomeia, em primeiro lugar, o Ministro da Justiça, para se ter uma ideia da importância deste cargo. Portanto, não se cuida, absolutamente, da envergadura de um ou outro nome, até porque, falou pela União exatamente quem foi Ministro com tanta galhardia, com tanta proficiência, que é o Ministro José Eduardo Cardozo. Por isso mesmo, e por essa relevância, é que tenho que, em tempos mais difíceis, há que se ter mais cuidado, principalmente quando já há uma jurisprudência do Supremo na interpretação das normas. Quem dirige em estrada haverá de ter sempre deparado, alguma centena de vezes, com placas que dizem: “Sob neblina, use luz baixa”. Se os tempos estão difíceis, não faça estrepólia, não tente fazer; na dúvida, não faça algo, principalmente que é questionável constitucionalmente, neste caso, interpretado constitucionalmente pelo Supremo num determinado sentido. Quer dizer, haverá consequências para os Estados que têm esses secretários, mas são consequências decorrentes exatamente de uma interpretação que contrasta com o que se consolidou como jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Com base exatamente no artigo 127, que estabelece a principiologia que estrutura o Ministério Público como instituição autônoma – e que de alguma forma ficaria comprometida –, é que sobreveio a Emenda Constitucional nº 45 a alterar e estabelecer esta vedação do artigo 128, II, que não me parece diga respeito à instituição, mas ao membro do Ministério Público.

O Ministro José Eduardo, na tribuna, não me lembro de ter lido no memorial, faz uma afirmativa que também precisa ser levada em consideração: relativamente ao artigo 129, inciso IX, não se tem, para o Poder Judiciário, aquela vedação institucional, que me parece decorrer de situação óbvia: o Poder Judiciário não pode ter outras instituições senão aquelas fixadas constitucionalmente. Então não teria por que, nem como, nem a mínima possibilidade de se ter uma outra norma permitindo, porque o Ministério Público faz parte de outros conselhos, faz parte de outras entidades, presta outras funções, só não poderia, diz a Constituição, nem exercer a representação judicial nem a consultoria jurídica, como antes da Constituição de 1988 chegou-se a admitir, porque os procuradores exerciam as funções de advocacia. Então com esse diferencial não haveria de se dispor em norma sobre vedação, já incluída no estatuto constitucional da magistratura. Esta a razão, portanto, que me leva a não poder considerar este dado como determinante da interpretação a ser dada a esse dispositivo.

Portanto, como disse – e por isso perguntei ao Procurador no início –, quis esclarecimento do Procurador-Geral da República no início deste julgamento, e antes mesmo de ouvir o voto do eminente Ministro-Relator, se estávamos cuidando apenas do artigo 128 que é afirmativo: «É vedado». Portanto, sendo vedado exercer outro cargo ou função, não há como se admitir que ele passe a figurar como auxiliar do governador, no caso do Estado, ou do Presidente, porque o auxiliar é submetido,

é submisso, e a submissão é incompatível com os princípios estabelecidos no artigo 127 da Constituição, e, logo, não poderia mesmo ser possível de se admitir para um membro do Ministério Público.

E o artigo 129, a meu ver, é o que faz diferente, com todas as vênias, diz respeito à instituição, e a instituição poderá receber outras funções, ressalvadas as de representação judicial e de consultoria jurídica, desde que compatíveis com as finalidades institucionais do Ministério Público, porque, claro, não pode fazer parte de uma empresa ou coisa que o valha. Exatamente essa a interpretação que me parece compatível com o que se põe nos termos constitucionalmente estabelecidos.

Portanto Presidente, acompanho o brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes, com a convalidação deste julgamento em julgamento definitivo, e também acolho a fixação do prazo de vinte dias contados, portanto, da data da publicação da ata do julgamento, para fins de cumprimento pleno e integral do que aqui fixado como sendo os comportamentos compatíveis com a Constituição, na interpretação dos princípios e regras a prevalecerem sobre os membros do Ministério Público.

E é como voto, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Princípio da Subsidiariedade

Cumprir verificar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, na espécie, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que prescreve o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que assim dispõe: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (grifei)

O diploma legislativo em questão – **tal como tem sido reconhecido** por esta Suprema Corte (RTJ 189/395-397, v.g.) – **consagra o princípio da subsidiariedade**, que rege a instauração *do processo objetivo* de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **condicionando** o ajuizamento **dessa especial** ação de índole constitucional **à ausência de qualquer outro** meio processual **apto** a sanar, *de modo eficaz*, a situação de lesividade indicada pelo autor:

– O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/1999, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse “writ” constitucional.

– A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado. (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO) revela que o princípio da subsidiariedade **não pode – nem deve** – ser invocado **para impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento **está vocacionado** a viabilizar, *numa dimensão estritamente objetiva*, **a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados** no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia afetar** a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria, em última análise, inaceitável frustração do sistema de amparo jurisdicional, instituído** na Carta Política, **concernente** a valores essenciais, a preceitos fundamentais e a direitos básicos, **com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.**

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita **no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, em ordem a permitir** que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte **vem entendendo que a invocação** do princípio da subsidiariedade, **para não conflitar** com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, **supõe a impossibilidade** de utilização, *em cada caso*, **dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:**

(...) **6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional) (...).** **9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal.** **10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...).** **13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.** **14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, 'a priori', a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...).** (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

A pretensão ora deduzida **nesta** sede processual, **tal como o demonstrou** o eminente Relator, **não encontra** obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, **o que permite** – *satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade* – **a instauração** deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, **a utilização, na espécie,** do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. O Significado da Vedação Prevista no Artigo 128, § 5º, II, d, da Constituição

É preciso enfatizar, Senhor Presidente, sempre e cada vez mais, o enorme significado que tem, *para a vida do País e a de seus cidadãos*, **a existência** de um Ministério Público **forte e independente**, de um Ministério Público **que se mostre livre e imune a injunções marginais e a condutas desviantes, perpetradas** pelos detentores do Poder, *que tanto corrompem a integridade* do regime democrático, **a proibidade** administrativa e a dignidade da atividade estatal, **que constituem valores subordinantes e essenciais à prática responsável da regência e direção** do Estado, **a significar que essa notável instituição da República não pode sujeitar-se nem deixar-se manipular** por pretensões governamentais inconfessáveis **ou** por recônditos desejos de dominação política.

Ninguém desconhece, Senhor Presidente, que o Ministério Público, com a reconstrução da ordem constitucional em nosso País, **emergiu sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe** as atribuições; **dilatou-se-lhe** a competência; **reformulou-se-lhe** a fisionomia institucional; **conferiram-se-lhe** os meios necessários

à consecução de sua destinação constitucional; **atendeu-se, finalmente, a antiga** reivindicação da própria sociedade civil.

A Constituição da República, ao fortalecer o Ministério Público, **atribuiu-lhe posição de inquestionável eminência político-jurídica e concedeu-lhe** os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, **deferindo-lhe uma condição singular na estrutura e organização do poder.**

Sabemos que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos temem um Ministério Público independente, **pois** o Ministério Público, **longe de curvar-se** aos desígnios dos detentores do poder – **tanto** do poder político quanto do poder econômico –, **tem** a percepção superior **de que somente** a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis da República **revelam-se dignos** de sua proteção institucional.

É preciso não desconsiderar as lições da História, Senhor Presidente, **e reconhecer que um Ministério Público independente e consciente** de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, **sem** tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática **constitui a certeza e a garantia da intangibilidade** dos direitos dos cidadãos, **da ampliação** do espaço das liberdades fundamentais e **do preavalecimento** da supremacia do interesse social, **especialmente** em um País como o nosso, em que **ainda** lamentavelmente se evidenciam relações antagônicas e conflituosas **que tendem a patrimonializar a coisa pública, confundindo-a com a esfera privada de terceiros, ou que submetem** pessoas indefesas ao arbítrio do Estado onipotente, **ou que expõem** essa massa enorme de explorados e despossuídos à **avidez predatória** daqueles que, *criminosamente*, desprezam, com **insensível** desrespeito às leis, à consciência moral, à solidariedade social e à Constituição, **os valores básicos** sobre os quais se funda **qualquer** sociedade digna, justa e fraterna.

Um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi atribuída pela vontade soberana do Povo, **reunido** em Assembleia Nacional Constituinte: **eis o significativo legado** cuja preservação **incumbe** a essa *importantíssima* Instituição da República, **pois – insista-se – o Ministério Público representa** o órgão estatal *a que a própria Constituição* outorgou a especial incumbência **de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores** do Estado Democrático de Direito **culminem** por gerar **inadmissíveis** retrocessos, **incompatíveis** com o espírito republicano e **inconviventes** com a prática legítima do regime democrático.

Para viabilizar a consecução dos altos objetivos que orientam a ação fiscalizadora do Ministério Público, **foram-lhe atribuídas, como Instituição**, determinadas garantias de ordem objetiva, **como aquelas previstas no art. 127** da Lei Fundamental.

Mais do que isso, o legislador constituinte **outorgou** aos membros do Ministério Público os **mesmos** predicamentos da magistratura (CF, art. 128, § 5º, I), **concedendo-lhes**

prerrogativas destinadas a assegurar-lhes adequada proteção viabilizadora *do exercício independente* das funções que lhes foram atribuídas.

Ao mesmo tempo que assim procedeu, **o constituinte impôs** aos membros do “Parquet” as **mesmas incompatibilidades que incidem** sobre os magistrados em geral, **com especial destaque** para a regra **que veda, de modo (quase) absoluto, o exercício de outra** função pública, **salvo uma de magistério** (CF, art. 128, § 5º, II, d).

Estabeleceu-se, no contexto desse quadro normativo, verdadeira fórmula transacional, em ordem a manter perfeita relação de equilíbrio entre magistrados e membros do Ministério Público **no que se refere** ao gozo **das mesmas** prerrogativas e à incidência **das mesmas** situações de incompatibilidade.

Cabe fazer aqui uma observação – que tenho por relevante – que permite colocar em perspectiva, Senhor Presidente, *para efeito de adequada compreensão* do sentido da cláusula constitucional em exame, **a busca do elemento histórico e a pesquisa em torno** das circunstâncias políticas, sociais, econômicas e culturais **que condicionaram** o legislador constituinte **na formulação** do preceito questionado.

É certo que a “*mens legislatoris*”, **embora não assuma nem se revista de caráter decisivo e preponderante na definição hermenêutica** (ATALIBA, Geraldo. Revisão Constitucional, *in: Revista de Informação Legislativa*, vol. 110/87-90, 87; ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 414, item nº 228, 2ª ed., 2001, Renovar; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 23/25, itens nºs. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi, v.g.), **constitui, não obstante, um dado relevante que pode e deve ser considerado** pelo intérprete **no processo** de exegese constitucional.

Revela-se importante, por tal motivo, indagar das razões e do contexto histórico **que levaram** o constituinte a conceber, a debater, a aprovar e a promulgar **determinada** regra constitucional, **como essa que se acha inscrita** no art. 128, § 5º, II, d, de nossa Carta Política. *Nesse sentido, cabe reproduzir*, ante a sua extrema pertinência, *fragmento de um valioso e esclarecedor estudo* que o Dr. LUIZ ALBERTO DOS SANTOS, antigo Subchefe da Casa Civil da Presidência da República (2003/2014), **fez sobre a origem mesma e sobre as razões determinantes relativas à cláusula vedatória fundada** no preceito constitucional em questão (Constituição proíbe que membro do Ministério Público seja ministro de Estado, *Revista CONJUR*, edição de 08/03/2016):

A tese reiteradamente adotada pelo STF é consentânea com o que o Constituinte Originário considerou aspecto relevante para estabelecer as garantias e vedações aos membros do Ministério Público.

A Assembleia Nacional Constituinte, em 12 de abril de 1988, deliberou sobre o tema. Na oportunidade, o texto do substitutivo então apresentado por parlamentares de diferentes partidos consignava as garantias e vedações aos membros do Ministério Público, na forma

que veio a ser promulgada em 5 de outubro. O texto foi aprovado por 350 Constituintes, de um total de 383 votantes.

A seguir, na mesma sessão, foi submetida a votos a Emenda 123, do Deputado José Carlos Grecco, que visava permitir o exercício, por membro do Ministério Público, além do magistério, de 'cargo administrativo de excepcional relevância, não podendo, durante o afastamento, ser promovido se não por antiguidade.

Ao encaminhar o voto contrário à proposta, o Deputado José Costa assim se manifestou:

Sr. Presidente, o que queremos para o Ministério Público? No art. 156 queríamos transformar o Ministério Público, hoje vulnerável e dependente, numa instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais, individuais e indisponíveis.

Para muitos o Ministério Público teria até virado um quarto Poder. Demos ao Ministério Público, para que desempenhasse essas relevantíssimas funções no interesse maior da sociedade e até da democracia, do estado de direito democrático que pretendemos construir, amplas garantias constitucionais.

Pois bem, demos aos membros do Ministério Público a mesma amplitude das garantias que demos à Magistratura: a garantia da vitaliciedade; a garantia da inamovibilidade; a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

A essas garantias deveria corresponder a contrapartida das vedações, dos encargos. Em verdade, essas garantias são privilégios funcionais só justificados em função do relevantíssimo papel que cabe na sociedade ao Ministério Público.

Ora, Sr. Presidente, Sras., Srs. Constituintes, agora se pretende que o Ministério Público, contrariamente ao que acontece com o juiz, possa desempenhar funções administrativas. É necessário que o Ministério Público esteja absolutamente separado da Administração.

(...)

Precisamos de um Ministério Público tal como está configurado aqui. Para muitos é até um quarto Poder, mas a sociedade precisa da ação e do desempenho desse Ministério. Todavia, às prerrogativas, privilégios e garantias que estamos dando ao Ministério Público devem corresponder vedações. Esta é a contrapartida, e ele deve ficar absolutamente separado da administração.

O relator geral da Constituinte, senador Bernardo Cabral, expressou a seguinte posição:

A mens legis que norteou o posicionamento do órgão do Ministério Público no Projeto que há pouco foi aprovado, no respectivo Capítulo, não pode condescender com a presente emenda, em que pese à excelente sustentação feita pelo eminente Constituinte Roberto Jefferson [sic]. Por que, Sr. Presidente? Porque o Ministério Público está sendo colocado, em importância, ao lado da magistratura. E é evidente que qualquer desvio de função comprometeria essa independência...

Por esta razão, Sr. Presidente, a relatoria opina pela rejeição da emenda.'

A emenda, então, foi rejeitada, com o voto contrário de 268 constituintes, entre 367 presentes.

Tal histórico fortalece a tese de que não existe margem de interpretação possível para que o membro do Ministério Público possa exercer a função de Ministro de Estado, ou de Secretário de Estado ou de Município, senão renunciando ao cargo de membro, ou dele se desligando mediante aposentadoria voluntária por tempo de contribuição ou idade." (grifei)

Irrecusável, por isso mesmo, que a "flexibilização hermenêutica" introduzida pelo Conselho Nacional do Ministério Público culmina por dispensar tratamento diferenciado e mais favorecido que só faz beneficiar os membros do Ministério Público que ingressaram na Instituição após 05/10/1988, ensejando interpretação que, além de frontalmente inconstitucional e manifestamente conflitante com a jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, faz instaurar situação de desequilíbrio em relação aos integrantes do Poder Judiciário, não obstante ostentem estes, os magistrados, a condição de referência paradigmática quanto à titularidade dos predicamentos, das prerrogativas e dos impedimentos que, em bases idênticas, foram estendidos, pela Assembleia Nacional Constituinte, aos agentes do Ministério Público.

É por essa razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – com ressalva da norma excepcional de direito transitório fundada no art. 29, § 3º, do ADCT – firmou-se no sentido de reputar inadmissível, por explícita ofensa ao texto da Constituição, cujos limites semânticos não podem ser ignorados pelo intérprete, a possibilidade de o membro do Ministério Público ocupar e exercer outros cargos e funções estranhos à carreira que integra (ADI 2.084/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 2.836/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – ADI 3.298/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADI 3.838-MC/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – ADI 3.839-MC/MT, Rel. Min. AYRES BRITTO – AI 768.852-Agr/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – MS 26.325-MC/DF, Rel. Min. GILMAR

MENDES – MS 26.584-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.595/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 738.577-AgR-segundo/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Inadmissibilidade da licença para o exercício dos cargos de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato. (ADI 2.534-MC/MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SERGIPE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE OUTRA FUNÇÃO. ART. 128, § 5º, II, d, DA CONSTITUIÇÃO.

I. O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público.

II. Os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo.

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos itens 2 e 3 do § 2º do art. 45 da Lei Complementar sergipana nº 2/1990.

(ADI 3.574/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Cabe rememorar, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, p. 1.628/1.629, item nº 128.12-A, 9ª ed., 2013, Atlas; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 289/297, item e, 8ª ed., 2014, Saraiva; GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, p. 557/560, item nº 44.8, 2ª ed., 2005, Lumen Juris; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, p. 1.201, 10ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), valendo reproduzir, no ponto, fragmento da lição exposta por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 187, item nº 2.5, 3ª ed., 2012, Atlas):

Por isso mesmo, a discricionariedade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções “legais” admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o “mínimo ético” da instituição. Tome-se o

seguinte exemplo concreto: a Constituição prevê a possibilidade de nomeação, sem concurso, para cargos em comissão declarados, em lei, de livre provimento e exoneração; supondo-se que, para determinados cargos, não haja qualquer exigência ou restrição específica, o Poder Executivo terá um amplo leque de opções, todas elas válidas perante o Direito. Mas, se a sua escolha recair sobre um membro do Ministério Público, por exemplo, estarão solapadas as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição. O exercício de função política pelos membros do Ministério Público fere a Moral administrativa, porque coloca em dúvida a credibilidade de uma instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilícitos contra ela praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra os atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função da confiança deste último? (grifei)

Importante assinalar, ainda, que eminentes Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça têm igualmente perfilhado essa mesma orientação:

1. Ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, exceto uma de Magistério (art. 128, § 5º, II, d, da Carta Magna); essa vedação se estriba na necessidade de preservar a liberdade funcional dos Membros do MP e assegurar-lhes a indispensável independência e autonomia, em face das superiores atribuições que o art. 127 da Constituição confere à Instituição Ministerial.

.....
3. A vedação constitucional de o membro do Ministério Público exercer outras funções estranhas ou externas à Instituição se projeta naturalmente na legislação infraconstitucional, a saber, na LC nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, que reproduzem os magnos dispositivos da Constituição Federal. (...).

(RMS 32.504/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – grifei)

1. O artigo 123 da Lei Estadual nº 7.366/1980, que prevê a participação de membro do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 128, § 5º, II, d), que vedou ao membro do “Parquet” o exercício de função pública, exceto uma de magistério, fora da administração do Ministério Público.

2. Fora das exceções previstas pelo texto constitucional, a regra prevista pelo art. 128, § 5º, II, d, da Constituição é absoluta, na medida em que abrange toda e qualquer função pública, como o exercício de cargos em Ministérios e Secretarias de Estado, de assessorias das mais variadas espécies e mesmo nos casos de participação em conselhos estaduais, federais ou municipais

(ADI 3.298/ES, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 29.6.2007).

3. Nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou na demissão dos impetrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, pois relatado por representante do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil daquele Estado.

4. Recurso ordinário provido. (RMS 15.156/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

3. Validade Jurídica dos Atos Praticados pelo Servidor “de facto” e a Teoria da Investidura Aparente

Nem se diga que a decisão *que está sendo construída* neste julgamento implicará invalidação dos atos e resoluções emanados do Senhor Ministro da Justiça, considerada a inconstitucionalidade de sua investidura funcional.

Cumprе rememorar, a esse propósito, a jurisprudência desta Suprema Corte que, *por mais de uma vez (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), já aplicou* a tais situações a teoria do servidor “de facto”, fundada na doutrina da aparência do direito.

Não se pode desconhecer, quanto a esse tema, o magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito das questões surgidas em decorrência da investidura funcional “de facto”, orientando-se esta Corte, na matéria em causa, no sentido de fazer preservar, em respeito aos postulados da confiança e da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da aparência do Direito, a integridade dos atos praticados pelo funcionário de fato:

A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado que haja participado de julgamento não implica a nulidade deste. Milita, a favor da administração pública, a presunção de legitimidade dos respectivos atos, sendo o magistrado considerado como servidor público de fato. (HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma)

Na realidade, a jurisprudência desta Corte Suprema tem advertido, no exame da controvérsia pertinente ao denominado servidor de fato, que, *“Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são válidos os atos por eles praticados” (RDA 126/216, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – grifei).*

Esse entendimento jurisprudencial – é importante assinalar – nada mais reflete senão a orientação do mais autorizado magistério doutrinário (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 257/260, itens n.ºs. 3.2 a 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 236, item n.º 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 533/534, item n.º 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 471, item n.º 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, v.g.), **que reconhece, com fundamento na teoria da investidura aparente**, “a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).

Todas essas razões permitem-me reconhecer, Senhor Presidente, que, **não obstante os fundamentos em que se apoia** este julgamento, *subsistem íntegros* os atos oficiais **praticados** pelo Senhor Ministro da Justiça.

4. Conclusão

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, acompanho**, com a devida vênia, *o brilhante voto proferido* pelo eminente Relator, **por entender necessário preservar-se a autonomia institucional do Ministério Público e salvaguardar-se a essencial independência funcional** de seus membros, **pois – cabe sempre enfatizar – os integrantes** do Ministério Público, *para serem fiéis ao seu múnus funcional, hão de prestar reverência, unicamente, à supremacia da Constituição e à autoridade das leis da República, impedindo-se, desse modo*, com o **efetivo** respeito à vedação **inscrita** no art. 128, § 5º, II, d, da Carta Política, **que se estabeleça um indesejável vínculo de subordinação ao Poder Executivo, como já advertiu** este E. Plenário do Supremo Tribunal Federal (**ADI 3.574/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.).

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu inicio o meu voto cumprimentando especialmente o nosso novo Advogado-Geral da União pelo brilho e pela proficiência com que se houve da tribuna, sem prejuízo dos demais oradores, mas salientando que, logo na primeira sustentação oral, Sua Excelência já teve à frente um encargo muito difícil, que é defender uma tese contra a qual a jurisprudência do Supremo já estava absolutamente consolidada, como se viu agora.

Em segundo lugar, eu gostaria de reafirmar aquilo que já foi dito pelos meus eminentes Pares. Aqui nós não estamos julgando a pessoa do Ministro da Justiça recém-nomeado, Doutor Wellington César Lima e Silva. Eu tive o prazer e a honra de conhecê-lo no dia 26 de fevereiro, em Salvador, na Bahia, num seminário em que se cuidava de penas alternativas. Eu tive a melhor das impressões desse digno integrante do Ministério Público baiano.

Eu estou lendo, aqui, na tela de meu computador, que alguns jornais já estão dizendo que a maioria do STF vota para anular a nomeação do novo Ministro. Isso não é verdade, não corresponde à realidade. Nós simplesmente estamos afirmando uma tese que é a incompatibilidade de um membro do Ministério Público de assumir um cargo no Poder Executivo. Trata-se de uma tese *in abstracto*. Sua Excelência o Ministro da Justiça recém-nomeado, Doutor Wellington César Lima e Silva, em querendo, poderá manter-se no Ministério, evidentemente, se quiser exonerar-se do Ministério Público. Claro que é uma decisão difícil, personalíssima, mas o Supremo Tribunal Federal absolutamente não está interferindo na decisão da Presidência da República.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Um Colega de Vossa Excelência, professor da Universidade de São Paulo no Largo de São Francisco, Alexandre de Moraes, deixou a carreira do Ministério Público há muitos anos para assumir um cargo público no Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso mesmo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, nessa linha, se Vossa Excelência me permitir, julgo extremamente apropriada a observação que Vossa Excelência está a fazer, inclusive, para eventual conclusão a ser anunciada, eis que um dos pedidos finais da inicial diz respeito à declaração de nulidade que, pelo que estou a depreender, pelo menos vai na linha, vai ao encontro do que Vossa Excelência está a assentar, nós estamos a preservar os atos praticados. Portanto, nesta medida, creio que, até com a aquiescência de Sua Excelência o Relator, é extremamente importante a elucidação que Vossa Excelência vem de fazer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Bem lembrado. Ministro Fachin, realmente é isto. A nossa decisão, que já se mostra majoritária, inclusive com a adesão do meu voto, não implica nenhuma censura à Senhora Presidente da República nem cerceia o poder que lhe é dado pela Constituição no art. 84, inciso I, de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado. Portanto, não há nenhuma interferência com o ato de nomeação do Doutor Wellington César Lima e Silva para o elevado cargo de Ministro da Justiça. Estamos afirmando apenas uma tese.

Eu também tive algumas dificuldades de superar as preliminares muito bem ventiladas da tribuna, mas fiquei absolutamente convencido depois do substancioso voto do Ministro Relator, Ministro Gilmar Mendes, de que é preciso fazer uma leitura um pouco mais abrangente do princípio da subsidiariedade. É preciso prestigiar esse instrumento importante que é a ADPF toda vez que ela se revele um remédio processual rápido e eficaz para dar pronta solução a uma controvérsia que verse sobre matéria constitucional de interesse geral.

É exatamente este o caso. Nós estamos nos defrontando, como foi salientado por inúmeros magistrados que me antecederam, especialmente pelo Professor e Ministro Barroso, que existem inúmeras situações mal resolvidas por todo o País de

nomeações de membros do Ministério Público para o Executivo local, estadual, às vezes até municipal, e agora nos defrontamos com este caso da nomeação de um membro do Ministério Público da Bahia para o cargo de Ministro da Justiça. Portanto, neste caso, para resolver de uma vez por todas essas perplexidades que se perpetuam no tempo, e há bastante tempo, diga-se, a ADPF é o remédio adequado.

Além do precedente já ventilado pelo Ministro Gilmar Mendes e agora trazido à baila pela Ministra Rosa Weber, que é a ADPF 33, eu lembro também que, na questão de ordem da ADPF 72, relatada pela Ministra Ellen Gracie e julgada pelo Tribunal Pleno no dia 1º de junho de 2005, Sua Excelência aplicou – e foi adotada esta técnica pelo Plenário da Corte – o princípio da fungibilidade. E tratávamos também, naquela ocasião, de atacar um ato específico, que era justamente a Portaria 156/2005 da Secretaria Executiva da Fazenda do Estado do Pará, que fixava, para fins de arrecadação do ICMS, um novo valor de preço mínimo de mercado interestadual para o carvão vegetal. Portanto era um ato específico, não obstante isso, atacado por uma ADPF, a Corte entendeu que, ainda que não fosse conhecida a ADPF, poder-se-ia recebê-la como uma ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, mesmo que a Corte não abraçasse – como abraçou, de fato, praticamente à unanimidade – o argumento do Ministro Gilmar Mendes de que se deve elastecer a ADPF no sentido do seu conhecimento, nós, eventualmente, poderíamos até – se fosse o caso, mas não é o caso – conhecer desta ADPF como uma ADI.

No mérito – não quero me alongar –, eu tenho uma posição de longa data firmada, absolutamente consentânea com inúmeros precedentes da Corte, que enunciei e explicitiei na ADI 3.574/SE, num julgamento realizado em 16/5/2007, em que eu, como lembrou agora o nosso ilustre e eminente Decano, afirmei absoluta incompatibilidade do exercício por parte de um membro do Ministério Público, de um cargo ou função que não diz respeito às atribuições do *Parquet*, porque tal colidiria com o que dispõe expressamente o art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*, da Constituição Federal.

Portanto acompanho integralmente o voto de Sua Excelência o Relator Ministro Gilmar Mendes.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Proclamo o resultado, que já minutei e submeto à consideração dos eminentes Pares.

A Corte, por unanimidade, resolveu apreciar diretamente o mérito da ação, superando o exame do pedido de medida liminar, ausente, justificadamente, na ocasião, o Ministro Marco Aurélio – Sua Excelência não votou nesse aspecto porque teve que se ausentar antecipadamente.

Por maioria, conheceu da ADPF, vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em menor extensão, o Ministro Edson Fachin. No mérito, igualmente, a Corte julgou a ação procedente, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Procedente em parte, Senhor Presidente, porque a declaração da nulidade acredito que a Corte não esteja acolhendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não. Todos estão de acordo? Agora, com a intervenção última do Ministro Fachin, nós estamos julgando procedente em parte, porque não estamos aderindo ao pedido que pretendia anular a nomeação do Ministro da Justiça. E, finalmente, por maioria ainda, vencido o Ministro Marco Aurélio, conferiu eficácia *pro futuro* à decisão, de maneira que ela surta efeito vinte dias após a publicação da ata do presente julgamento. Todos de acordo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É importante deixar claro, eu tinha até colocado na parte do dispositivo, que estaria determinando a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias, a contar da publicação da ata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Então nós julgamos procedente em parte.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu penso que é preciso ficar bem claro isso, porque, a rigor, o que nós estamos determinando é que haja um ajuste.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Cumprindo-se o que foi determinado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Por exemplo, eu acho que simplesmente tem que dar eficácia à decisão a partir de...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Quer dizer, se os procuradores e promotores quiserem se exonerar também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Claro, é isso que estou dizendo, determinar a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Os atuais podem se exonerar nesses vinte dias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas é em desconformidade com a interpretação fixada antes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Aqueles que estiverem em desconformidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Esses passam a ficar conformes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É porque eu tinha dito: *Estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da instituição – salvo o cargo de professor e funções de magistério – e, em consequência, suspender a eficácia da Resolução nº 72/2011 do CNMP.*

Esse é o item a.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Esse permanece.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – E, no item *b*, eu tinha colocado: *Determinar a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, portanto...*

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – A construção dessa frase pode dar...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Pode dar margem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – A interpretação que fala “os atuais”?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Quer dizer, os que, no prazo de vinte dias, não se ajustarem. Essa é a ideia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Determinar a exoneração dos atuais...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Talvez se pudesse simplesmente dizer que a decisão terá eficácia a partir de vinte dias da publicação da ata, para todos os efeitos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Para os efeitos de atendimento exatamente ao que foi determinado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Eu acredito, Senhor Presidente e Ministro-Relator, que o adendo que está sendo proposto pelo Ministro Teori faz sentido, porque são os vinte dias de ajustamento. Em não ocorrendo, aí incidirá a conclusão de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O fundamento poderá ser a exoneração, ou a saída, ou a...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Claro, se ele pedir a exoneração, já não será mais membro do Ministério Público, e obviamente a questão estará...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Sim, mas atualmente ele é. Daqui a vinte dias é que ele poderá não mais ser.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É fundamental explicitar, *na parte dispositiva*, esse período de adequação...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Será que nós poderíamos talvez, então, no § 3º da minha proclamação, que diz: No mérito, igualmente, julgou a ação procedente, em parte, por maioria – vencido o Ministro Marco Aurélio –, para tais fins. Por maioria, ainda vencido o Ministro Marco Aurélio, conferiu eficácia *pro futuro* à decisão. Quer dizer, quando eu digo “para tais fins”, eu...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Mas o “pro futuro” pode

deixar um equívoco, porque se pode entender o “pro futuro” no sentido de não atingir os atuais ocupantes. O que nós estamos determinando...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Conferiu eficácia...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Há referência, na parte dispositiva do voto do Ministro Relator, às alíneas a, b e c.*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Determinar a exoneração dos ocupantes de cargos – aí teremos os atuais – em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Prazo máximo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Prazo de vinte dias, a contar da publicação da ata do presente julgamento. Porque aí não fica dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E aí fica fácil julgar procedente nos termos do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É claro: se eles se exonerarem, não estarão mais em condições de...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Descumprindo a determinação relativamente ao prazo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – De até vinte dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – De até vinte dias. E com relação – Ministro Relator, eu consulto Vossa Excelência – à decisão... Com a suspensão da eficácia da Resolução nº 72/2011 do CNMP, nós também... Essa é imediata, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Imediata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Está bem. Esta é a decisão que nós tomamos, e eu redigirei em conformidade com as instruções do Plenário.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV.(A/S): RENATO CAMPOS GALUPPO (OAB 90819MG)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
- CONAMP

AM. CURIAE.: ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPUBLICA
- ANPR

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (OAB 12500DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO
GROSSO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

Decisão: O Tribunal deliberou iniciar a votação após a leitura integral do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou no sentido de que as preliminares fossem julgadas antes do mérito. O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição, vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em menor extensão, o Ministro Edson Fachin. Por unanimidade, o Tribunal resolveu apreciar diretamente o mérito da ação, superando o pedido de medida liminar, ausente, justificadamente, na ocasião, o Ministro Marco Aurélio, que havia, em voto antecipado, indeferido a cautelar por questão instrumental. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente em parte a ação para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP, e determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento, ausente, na apreciação do mérito, o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo requerente Partido Popular Socialista, o Dr. Renato Campos Galuppo; pela Advocacia Geral da União, o Ministro José Eduardo Cardozo, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos - Assessora-Chefe do Plenário

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS 126.866 – MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCOS VINICIUS BASTOS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Furto (artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP). Bens de pequeno valor (sucata de peças automotivas, avaliadas em R\$ 4,00). Condenação à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão. 3. Registro de antecedentes criminais (homicídio). Ausência de vínculo entre as infrações. Não caracterização da reincidência específica. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal na origem, ante a aplicação do princípio da insignificância.

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, conceder a ordem e cassar as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para trancar a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de junho de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES** – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor de Marcos Vinicius Bastos, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.433.684/MG.

Segundo os autos, em 12 de outubro de 2011, na cidade de Muriaé/MG, o paciente, em comunhão de desígnios com o adolescente K. M. T., subtraiu parte

do bloco de um motor de um veículo da marca VW e uma peça não identificada, pertencentes à vítima Edson Ribeiro Henriques e avaliadas em R\$ 4,00 (quatro reais).

Marcos foi preso em flagrante e denunciado pela prática de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal).

Após regular trâmite da ação penal, o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Muriaé/MG absolveu o paciente com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, destacando haver registros em certidões cartorárias de condenações criminais transitadas em julgado em desfavor do réu, impondo-se, assim, a reforma do julgado para condená-lo nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do CP.

O TJ/MG deu provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado pela prática do delito descrito no art. 155, § 4º, inciso IV, do CP, à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 12 dias-multa, nos termos da ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTAMENTO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO IMPOSTA.

O relevante grau de reprovabilidade do comportamento do réu, o qual em concurso de agentes, com cooptação de menor, invade um depósito e subtrai os objetos descritos na denúncia, constitui empeco à aplicação do princípio da insignificância.

Condenação imposta.

A defesa, então, interpôs recurso especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), alegando, em síntese, que a *res furtiva*, consistente em sucata de peças automotivas, foi avaliada em R\$ 4,00 (quatro reais), não representando, portanto, “danosidade social de monta”.

Além disso, sustentou que:

(...) a suposta prática de outros delitos há de ser desconsiderada para a configuração do crime de bagatela, porquanto não se mostra plausível a observância da vida pregressa do acusado para a caracterização do delito como insignificante ou não, sob pena de adoção do inconstitucional direito penal do autor.

A ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE) negou seguimento, monocraticamente, ao recurso especial.

Impugnou-se a decisão por meio de agravo regimental, o qual restou desprovido nos seguintes termos:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. HABITUALIDADE DELITIVA. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE E MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. REQUISITOS INEXISTENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

Não atendidos os requisitos da mínima ofensividade da conduta e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, não há como reconhecer a atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Agravo regimental desprovido.

No presente *writ*, a impetrante insiste na aplicação do princípio da insignificância ao caso. Para tanto, afirma: “Para que uma determinada conduta possa ser considerada materialmente típica, exige-se que ela tenha criado ou incrementado um risco proibido relevante e que tenha produzido um resultado jurídico relevante, qual seja a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

No caso em exame, não houve a produção de resultado jurídico relevante, de modo que, à luz dos sobreditos precedentes do STF, deve ser restabelecida a decisão absolutória de primeiro grau, dada a irrelevância penal da conduta”.

Pede a concessão de medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos da condenação imposta no bojo da Ação Penal nº 0439.11.013903-7, com o sobrestamento do início da execução da pena, até o julgamento final da presente impetração.

No mérito requer o restabelecimento da sentença absolutória. Na data de 17.3.2015 deferi o pedido liminar para suspender os efeitos da condenação imposta nos autos da Ação Penal nº 0439.11.013903-7 ao paciente, com o sobrestamento do início da execução da pena, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo deferimento da ordem. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No caso concreto, discute-se a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em virtude de suposta prática de furto de bens avaliados em R\$ 4,00 (quatro reais).

Registro que, na Turma, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, na possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos

a envolver reincidentes. Cito o HC 112.400/RS de minha relatoria, DJe 8.8.2012 e o HC 116.218/MG, Rel. originário Min. Gilmar Mendes, redator do acórdão Min. Teori Zavascki.

No entanto, as turmas do STF já se posicionaram no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância a acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada: HC 97.007/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; HC 101.998/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.3.2011; HC 102.088/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.5.2010 e HC 112.597/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.12.2012.

Não obstante o STJ ter decidido a questão em conformidade com a jurisprudência desta Corte, reconheço, em princípio, plausibilidade à tese sustentada pela impetrante.

Em casos análogos, esta Suprema Corte tem reconhecido, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido princípio. A propósito, menciono os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAIS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R\$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias,

é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto”. (HC 114.723/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 12.11.2014);

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE FURTO. LIVROS DE BIBLIOTECA DE UNIVERSIDADE FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O valor irrisório dos bens furtados – cinco livros da Biblioteca de Universidade Federal –, a restituição do objeto do crime à vítima, a ausência de violência, de grave ameaça ou de circunstâncias desfavoráveis, autorizam, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância com o trancamento da ação penal. 3. Ordem concedida. (HC 116.754/CE, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 6.12.2013).

É bem verdade que neste caso o paciente já havia cumprido pena por crime de homicídio, o qual fora cometido há aproximadamente dez anos, e encontrava-se em liberdade condicional quando ocorreu o novo delito.

No entanto, não vislumbro característica de criminoso contumaz, porquanto ausente o vínculo entre as infrações, isto é, o delito contra a vida executado anteriormente não torna o acusado reincidente específico nos crimes contra o patrimônio. Além disso, destaco que o delito foi cometido sem emprego de violência ou grave ameaça.

Saliento ainda, por oportuno, que o réu foi preso em flagrante delito e permaneceu cautelarmente encarcerado por 7 (sete) meses, mesmo diante da possibilidade do reconhecimento da insignificância à conduta praticada.

Reconheço que incide, na espécie, o postulado da bagatela, porquanto não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz movimentem-se para atribuir relevância à hipótese de furto de duas peças de sucata que estavam em um terreno particular, avaliadas em R\$ 4,00 (quatro reais). Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar na proteção dos bens jurídicos de

maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal — como instrumento de controle mais rígido e duro que é — ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

Ademais, as circunstâncias do caso demonstram a presença dos vetores traçados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração do mencionado princípio, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (cf. HC nº 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004).

Dessarte, tenho que – a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal) – não incide, no caso, a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado.

Nesses termos, concedo a ordem para cassar as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e trancar a Ação Penal nº 0439.11.013903-7 (0139037- 66.2011.8.13.0439), da Vara Criminal da Comarca de Muriaé/MG, ante a aplicação do princípio da insignificância.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Portanto, veja que aqui acho que se impõe um *distinguishing* em relação àquela jurisprudência da reincidência ou da habitualidade, da interação ou da reiteração, porque, se houve prática de um delito anterior, tratava-se, na verdade, de um delito de outra natureza e, portanto, não suficiente a infirmar nossa jurisprudência. Mas, também, a mim me parece, que não há razão para não se conhecer a insignificância em caso dessa índole.

Por isso, eu estou concedendo o *habeas* e confirmando a liminar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): Eu vou me colocar de acordo, mas excepcionalmente, diante das circunstâncias específicas do caso concreto e do valor específico.

Eu não exijo a reincidência específica quando voto no sentido de não aplicar a insignificância a quem tenha prática reiterada de cometer delitos. Mas o Relator já fez, no próprio voto trazido, as referências à jurisprudência da Corte, aos debates que têm havido. Esse tema também está em discussão no Plenário, no HC nº 123.108/MG. De qualquer sorte, o Relator fez o devido cotejo com a jurisprudência prevalente nas Turmas, por isso eu acompanho Sua Excelência.

SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 126.866

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCOS VINICIUS BASTOS

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, concedeu a ordem para cassar a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e trancar a Ação Penal nº 0439.11.013903-7 (013903766.2011.8.13.0439), da Vara Criminal da Comarca de Muriaé/MG, ante a aplicação do princípio da insignificância, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 02.06.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira – Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.575.225 - SÃO PAULO (2012/0255566-9)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECORRENTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD

ADVOGADOS: KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S)

RODRIGO KOPKE SALINAS E OUTRO(S)

LÉO WOJDYSLAWSKI

ADVOGADA: ROSÂNGELA MARIA OLIVEIRA LOIOLA

RECORRIDO: SISTEMA COC DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA

ADVOGADOS: AIRES VIGO

WESLEY CÉSAR REQUI VIEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. EXECUÇÃO DE MÚSICAS CULTURAIS E FOLCLÓRICAS EM FESTA JUNINA PROMOVIDA POR ESCOLA. ATIVIDADE DE CARÁTER PEDAGÓGICO E DE NATUREZA INTEGRATIVA.

1. A Lei 9.610/98, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovida a exibição pública da obra artística, em local de frequência coletiva.

2. No entanto, a própria Lei 9.610, de 1998, em seu art. 46, VI, admite exceção à regra, quando estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais “a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

3. Na espécie, as instâncias ordinárias, com base nos elementos informativos da lide, noticiam o caráter pedagógico da atividade – execução de músicas culturais e folclóricas em festa junina –, ocorrida, sem fins lucrativos, no interior do estabelecimento de ensino, afastando a pretensão da recorrente.

4. Saliente-se que o método pedagógico não só pode como deve envolver também entretenimento, confraternização e apresentações públicas. A solução, portanto, depende do caso concreto, pois as circunstâncias de cada evento, a serem examinados soberanamente pelo julgador ordinário, é que irão determinar seu devido enquadramento. A espécie, nos moldes das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, comporta, nesta instância recursal extraordinária, tão somente a reavaliação dos fatos e circunstâncias destacadas no acórdão ou na sentença.

5. Ademais, tratando-se de festa de confraternização, pedagógica, didática, de fins culturais, que congrega a escola e a família, é fácil constatar que a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união. Esse desagregamento não deve ser a tônica, levando-se em consideração a sociedade brasileira, tão marcada pela violência e carente de valores sociais e culturais mais sólidos.

6. É indevida a cobrança de direitos autorais em hipótese restrita de evento promovido com fins didáticos, pedagógicos e de integração entre família e escola, sem intuito de lucro. Inteligência do art. 46, VI, da Lei 9.610 de 1998.

7. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (voto de desempate), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 22 de junho de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO – Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA SEÇÃO**

Número Registro: 2012/0255566-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.575.225 / SP**
Números Origem: 0120822772007 01208227720078260000 120822772007
1208227720078260000 19372004 54530143 5453014300

PAUTA: 08/06/2016 JULGADO: 08/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD

ADVOGADOS: KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S)

RODRIGO KOPKE SALINAS E OUTRO(S)

LÉO WOJDYSLAWSKI

ADVOGADA: ROSÂNGELA MARIA OLIVEIRA LOIOLA

RECORRIDO: SISTEMA COC DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA

ADVOGADOS: AIRES VIGO

WESLEY CÉSAR REQUI VIEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Coisas – Propriedade – Propriedade Intelectual / Industrial – Direito Autoral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator, com previsão de julgamento na sessão de 22.06.2016.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.575.225 – SP (2012/0255566-9)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECORRENTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD

ADVOGADOS: KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S)

RODRIGO KOPKE SALINAS E OUTRO(S)

LÉO WOJDYSLAWSKI

ADVOGADA: ROSÂNGELA MARIA OLIVEIRA LOIOLA

RECORRIDO: SISTEMA COC DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA

ADVOGADOS: AIRES VIGO

WESLEY CÉSAR REQUI VIEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Cuida-se de recurso especial, interposto pelo ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADANÇA E DISTRIBUIÇÃO – ECAD, com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Direito Autoral - Cobrança - **Festa junina promovida no estabelecimento escolar** - Evento de promoção gratuita, sem objetivo de lucro - **confraternização entre pais, alunos e professores** - **Programa pedagógico** - **Músicas que pertencem ao arcabouço cultural e folclórico brasileiro** - Atividade lucrativa - Inocorrência - Pagamento de direitos autorais - Inadmissibilidade - Decisão reformada - Recurso provido para julgar improcedente a ação.

O evento foi gratuito e com objetivo de propiciar entretenimento aos alunos, pais e professores, além do caráter pedagógico, de forma que, não havia necessidade de autorização prévia do titular do direito autoral ou de seu substituto processual para a sua promoção. (na fl. 374; grifou-se).

Manejados embargos de declaração, foram rejeitados (na fl. 395).

O recorrente, sustentando violação aos arts. 28, 29, 46, VI, e 68 da Lei 9.610, de 1998, defende o cabimento da cobrança de direitos autorais pela execução de músicas folclóricas em festa junina promovida por estabelecimento escolar, tratando-se de evento sem atividade lucrativa.

Salienta, ademais, “que a execução musical realizada sem autorização somente será admitida nos estabelecimentos de ensino quanto restar configurado o ensino da música, o que não é o caso dos autos, por se tratar de festa junina” (na fl. 403).

Inadmitido na origem, o recurso especial subiu em virtude do provimento de agravo regimental pela eg. Quarta Turma desta Corte que, na sessão do dia 17/12/2015, também decidiu afetar o julgamento da lide à eg. Segunda Seção.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Na espécie, o recorrente Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, promoveu ação de cobrança de direitos autorais contra o ora recorrido Sistema COC Educação e Comunicação S/C.

O d. Juízo de primeiro grau julgou a ação procedente.

Interposta apelação, o eg. Tribunal de origem, com base nos elementos informativos da lide, julgou não ser cabível a cobrança de direitos autorais em face da recorrida, destacando que esta promoveu em seu estabelecimento de ensino festa junina, sem cobrança de ingressos, reunindo pais, alunos e professores, em que foram executadas músicas culturais e folclóricas, com vistas à integração escola-família, sendo parte de projeto pedagógico, sem utilização econômica das obras, executadas sem autorização prévia dos titulares dos direitos autorais ou de seus substitutos. Aplicou, assim, a regra do art. 46, VI, da Lei 9.610/98, que diz:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a **execução musical**, quando realizadas no recesso familiar **ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;**

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Confira-se o v. acórdão recorrido:

Cuida-se de ação de cobrança de direitos autorais em que o autor alega que o Sistema COC de Educação e Comunicação promoveu festa junina, e executou obras musicais sem o devido recolhimento dos direitos autorais e sem a autorização necessária.

O apelante, por seu turno, alegou que o evento foi realizado dentro do estabelecimento de ensino, para confraternização entre alunos, pais e professores, sendo a festa junina parte do programa pedagógico. Além disso, afirmou que as músicas exibidas pertencem ao arcabouço cultural e folclórico brasileiro, estando em domínio público.

Ademais, alega que os alunos e familiares participaram do evento gratuitamente, de forma que não houve venda de ingresso ou outro tipo de arrecadação com objetivo de obter lucro, assim a cobrança do alegado direito autoral é indevida, sendo admitida quando há utilização econômica da obra.

(...)

Ao caso aplica-se a regra prevista no artigo 46, VI, da Lei nº 9.610/98, que estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais “a representação

teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

Desse modo, como a apelante não auferiu proveito econômico, uma vez que o evento foi gratuito, para propiciar entretenimento aos alunos, pais e professores, fazendo parte do programa pedagógico, não havia necessidade de autorização prévia do titular do direito autoral ou de seu substituto processual para sua promoção. (fls. 375/376)

Mostra-se acertado o aresto recorrido ao aplicar ao caso a regra prevista no artigo 46, VI, da Lei 9.610/98 que, sendo especial, tem prevalência sobre as regras gerais da Lei que regula os direitos autorais.

Note-se que, para tanto, o eg. Tribunal Paulista destacou as circunstâncias em que aplicava a norma, restringindo o contexto fático do caso sob exame, entendendo-o adequado aos estritos termos da legislação de regência quando aduz: “não constituir ofensa aos direitos autorais a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro” (v. fls. 375/376 e-STJ).

Portanto, ainda que o recorrente possa alegar que, na hipótese, havia outras circunstâncias fáticas que autorizariam a cobrança de direitos, estas não devem ser aqui consideradas, salvo se se pudesse superar o óbice da Súmula 7/STJ.

Com efeito, saliente-se que o método pedagógico não só pode como deve envolver também entretenimento, confraternização e apresentações públicas. A solução, portanto, depende do caso concreto, pois as circunstâncias de cada evento, a serem examinadas soberanamente pelo julgador ordinário, é que irão determinar seu devido enquadramento. A espécie comporta, nesta instância recursal extraordinária, tão somente a reavaliação dos fatos e circunstâncias destacadas no v. acórdão ou na sentença.

O tema é controvertido, inclusive no âmbito desta Corte, daí a afetação promovida pela eg. Quarta Turma.

Embora haja vários precedentes em contrário, a jurisprudência do STJ já teve ensejo de manifestar-se, em casos assemelhados, no sentido de que a festa promovida com fins didáticos, pedagógicos ou de integração pelos estabelecimentos de ensino, sem intuito de lucro, como se dá com as festas juninas, em que se executam músicas culturais e folclóricas – caso dos autos –, configura hipótese em que se revela indevida a cobrança pretendida pela recorrente. Veja-se:

DIREITO DE AUTOR. RECURSO ESPECIAL. ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS. EVENTO RELIGIOSO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS

E COBRANÇA DE INGRESSO. RECESSO FAMILIAR. ART. 46, VI, DA LEI Nº 9.610/98. REGRA DOS 3 (TRÊS) PASSOS. DIREITOS AUTORAIS NÃO DEVIDOS.

I. A Lei nº 9.610/98, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovido a exibição pública da obra artística, em local de frequência coletiva.

II. Quanto às execuções musicais, estas não dependem de autorização do autor quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja intuito de lucro.

III. Entende-se por “recesso familiar” não apenas o recinto do lar, em sentido estritamente físico. A atuação que se permite é aquela realizada nos limites do círculo familiar e com “intuito familiar”. Dessa forma, a execução que se der num local onde não seja a residência da família, mas se encontra, momentaneamente, a intenção de gerar um ambiente familiar, não deve sofrer a incidência de encargos autorais.

IV. De acordo com a Regra dos 3 Passos, será admissível limitar o direito exclusivo do autor quando: (i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

V. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.320.007/SE, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 4/6/2013, DJe de 9/9/2013; grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei nº 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de

direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos (*three step test*), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais “não conflita com a utilização comercial normal de obra” e “não prejudica injustificadamente os interesses do autor”.

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 964.404/ES, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, julgado em 15/3/2011, DJe de 23/5/2011)

Destaque-se que o entendimento ora sufragado não se mostra incompatível com o que preconiza ser cabível o pagamento de direitos autorais nos casos de reprodução musical realizada no âmbito de, por exemplo, quermesse, inclusive paroquial, casamento, batizado, hotel e hospital. Todavia, repita-se, em todos esses casos incide a regra geral de proteção ao direito do autor, situações distintas da hipótese em estudo, regrada pela norma especial do art. 46, VI, da Lei 9.610/98.

Ademais, tratando-se de uma festa de confraternização, pedagógica, didática, de fins culturais, que congrega a escola e a família, é fácil constatar que a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união. Esse desagregamento não deve ser a tônica do presente julgamento, levando-se em consideração a sociedade brasileira, tão marcada pela violência e carente de valores mais sólidos.

Assim, o v. acórdão recorrido merece confirmação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, peço vênia ao Relator para divergir, na linha do voto do Ministro Luís Felipe Salomão.

Isso porque penso que o art. 46, inciso VI, da Lei 9.610/98, como representa restrição aos direitos autorais, não deve merecer interpretação extensiva do que sejam esses “fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”. Tanto que a lei fala em “fins exclusivamente didáticos”.

Poder-se-ia argumentar que numa festa junina haja fins didáticos, mas não exclusivamente didáticos, uma vez que se trata de um momento de confraternização e de diversão, com venda de produtos na festa, numa escola privada, a qual visa ao lucro.

Penso que fins exclusivamente didáticos são voltados ao ensino da música dentro de uma escola de música, ou outras atividades didáticas, destinadas aos alunos, e não ao público em geral, quando haverá a hipótese perfeita de incidência dessa regra de exceção ao direito do autor, que é o art. 46, inciso VI.

Por outro lado, assim como também assinalou o Ministro Luis Felipe Salomão, penso que não haveria lógica em que houvesse pagamento de direitos autorais em inúmeras situações, eventos em locais públicos, mas que não são lucrativos, como festas de casamento ou de batizado, e tantas outras, em que, por serem realizadas no salão de um clube, paga-se direito autoral, e qualquer evento que fosse dentro de uma escola poderia, dentro de uma interpretação extensiva, se considerar que, por ser dentro de uma escola, tivesse fins didáticos, não obstante tenha também fins de confraternização e divertimento.

Penso que não há amparo na Lei de Direitos Autorais para, assim como todos aqueles que fornecem serviços nessa festa são remunerados, que não o sejam também os autores das músicas que são tocadas para animar o evento.

Portanto, com a máxima vênia, dou provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) ajuizou ação de cobrança de direitos autorais em face de Sistema COC Educação e Comunicação S/C Ltda. Narra que promove a defesa, arrecadação e distribuição dos direitos autorais e a todos os titulares nacionais filados às associações que o integram e que “constatou que o réu executou obras musicais, publicamente, nas suas dependências, sob a modalidade música ao vivo e sonorização ambiental através de música mecânica”. Assevera “[...] que a forma musical empregada pelo réu, qual seja, execução pública musical para entretenimento dos frequentadores da festa junina não [se encontra] excluída da obrigatoriedade de autorização legal do titular de direitos autorais”, “[...] já que o local não é recesso do lar e muito menos as dependências utilizadas possam ser consideradas como estabelecimento de ensino”. Pondera que o público estimado do evento correspondeu a 3.000 pessoas e que foi efetuado sem a cobrança de ingressos.

O Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Interpôs o réu apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

Direito autoral – Cobrança – Festa junina promovida no estabelecimento escolar - Evento de promoção gratuita, sem objetivo de lucro – Confraternização entre pais, alunos e professores – Programa pedagógico – Músicas que pertencem ao arcabouço cultural e folclórico brasileiro – Atividade lucrativa – Inocorrência – Pagamento de direitos autorais – Inadmissibilidade – Decisão reformada – Recurso provido para julgar improcedente a ação.

O evento foi gratuito e com o objetivo de propiciar entretenimento aos alunos, pais e professores, além do caráter pedagógico, de forma que [...] não havia necessidade de autorização prévia do titular do direito autoral ou de seu substituto processual para a sua promoção. (fls. 374)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Interpôs o apelado (autor) recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustentando violação aos arts. 28, 29, 46 e 68 da Lei nº 9.610/1998.

Aduz que a decisão recorrida nega a incidência de direitos autorais, necessidade de prévia autorização do titular para utilização da obra, não estando o evento, promovido pela recorrida, albergado na excepcionalidade prevista no art. 46, VI, da Lei nº 9.610/1998.

Obtempera que o conceito de fins didáticos deve se cingir exclusivamente à finalidade da obra musical utilizada no interior do estabelecimento de ensino e que, conforme leciona a doutrina, também constitui execução pública musical as festas juninas promovidas pelos colégios em suas dependências, independentemente da verificação de lucro, haja vista que a regra legal é pela proteção da propriedade intelectual.

Pondera que, a teor do art. 46, VI, da Lei de Direitos Autorais, estarão isentas as escolas do pagamento de direitos autorais se a execução musical tiver “fins exclusivamente didáticos”, por isso “a execução musical realizada sem autorização somente será admitida nos estabelecimentos de ensino quando restar configurado o ensino da música, o que não é o caso dos autos por se tratar de festividades juninas”.

Afirma que, em vista da nova Lei de Direitos Autorais, o pagamento dos direitos autorais não está atrelado à verificação de lucro, e que é prerrogativa do autor intelectual autorizar a execução pública de sua obra musical.

Assevera que o acórdão recorrido comete o equívoco de declarar insubsistente a cobrança de direitos autorais sobre festividades realizadas no interior da instituição de

ensino, e “também criou condição de procedibilidade (lucro/proveito econômico) para aplicação da lei autoral”, “restando patente a afronta aos preceitos legais estampados nos artigos 28, 29 e 68 da Lei Federal nº 9.610/1998.

O recurso especial não foi admitido, tendo o recorrente interposto agravo em recurso especial.

O ilustre relator, Ministro Raul Araújo, conheceu do agravo, mas negou seguimento ao recurso especial e, por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto pelo recorrente, apresentou voto reiterando sua decisão monocrática pelos seguintes fundamentos: a) o Tribunal de origem, com base nos elementos existentes nos autos, entendeu pelo não cabimento da cobrança de direitos autorais, pois houve promoção de festa junina no estabelecimento do recorrido, em que foram executadas músicas culturais e folclóricas, com vistas à integração escola-família, como parte do projeto pedagógico, sem intuito lucrativo; b) há dois julgados colegiados e dois monocráticos da Terceira Turma do STJ, no sentido de que a festa promovida com fins didáticos, pedagógicos ou de integração em estabelecimentos de ensino, sem intuito de lucro – como ocorre em festas juninas, em que se executam músicas culturais e folclóricas, que é o caso dos autos –, revela-se indevida a cobrança pretendida; c) afastar a “convicção firmada pelas instâncias ordinárias” acerca do caráter pedagógico da atividade - ocorrida sem fins lucrativos, no interior de estabelecimento de ensino – encontra óbice na Súmula 7/STJ.

O ilustre Ministro Antonio Carlos Ferreira apresentou voto acompanhando o relator.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor exame e, por ocasião da apresentação de meu Voto no âmbito da Quarta Turma, foi deliberado pelo Colegiado pelo provimento ao agravo regimental para determinar a conversão do agravo em recurso especial no presente REsp, afetando seu julgamento a este Colegiado.

2. A questão controvertida consiste em saber se a execução de obras musicais em festa junina – realizada por escola particular – pode ensejar cobrança de direitos autorais, ainda que seja evento sem cobrança de ingresso.

A sentença anotou:

Cuida-se de ação ordinária de cobrança por meio da qual o autor pretende o recebimento dos direitos autorais de músicas que foram executadas no estabelecimento do réu durante a festa junina realizada no dia 14 de junho de 2003, sob a modalidade de músicas ao vivo e sonorização ambiental por meio de música mecânica.

[...]

II - No mérito, impõe-se a procedência da ação, porquanto suficientemente comprovado com os documentos acostados na petição inicial que o réu efetivamente realizou em seu

estabelecimento de ensino, no dia 14 de junho de 2003, festa junina (fls. 44/48), com execução das músicas sertanejas e folclóricas relacionadas às fls. 29/30, porquanto nada em contrário constou da correspondência de fls. 39/41, da ré, que [se limitou] a sustentar a regularidade da realização da feste junina e a inexistência de ofensa aos direitos autorais por tratar-se de evento estritamente familiar realizado dentro do seu estabelecimento de ensino, sem nenhum intuito de obtenção de lucro.

[...]

É indubitável ser devida a quantia cobrada pelo autor, porquanto a ré executou obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, sem remuneração, em seu estabelecimento de ensino, na presença de alunos, familiares e funcionários, enquadrando-se o seu ato no art. 68, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.610/98. Confira-se o texto legal por mim destacado.

[...]

Não socorre a ré o fato de ter executado publicamente as obras musicais já referidas em seu estabelecimento de ensino, porquanto é sabido que estas festas juninas não são realizadas exclusivamente para fins didáticos. Somente quando a execução ocorre com tal finalidade é que, nos termos do art. 46, VI, da Lei nº 9.610/98, não constitui ofensa aos direitos autorais.

[...]

De outra parte, inconsistente é a alegação do réu de que a cobrança é indevida porque sem intuito lucrativo, porquanto é evidente que sendo uma instituição particular de ensino, que tem por objetivo o lucro, todas as suas práticas tem esta finalidade, de forma direta ou indireta, não obstante não voltada exclusivamente para o seu objetivo social.

O acórdão recorrido dispôs:

2. Cuida-se de ação de cobrança de direitos autorais em que o autor alega que o sistema COC de Educação e Comunicação promoveu festa junina, e executou obras musicais sem o devido recolhimento dos direitos autorais e sem autorização necessária.

[...]

Neste sentido Carlos Alberto Bittar ensina que: “De fato, os direitos patrimoniais decorrem apenas de utilizações econômicas, ou seja, realizadas no mundo negocial, provocando a circulação da obra e

o comércio jurídico em seu derredor (...) Isso decorre dos laços já referidos, que submetem ao autor qualquer forma de utilização econômica da obra, ou seja, realizada com o objetivo de resultado ou com intuito de lucro (arts. 29, 46, 68, 78, 81, entre outros). Daí, toda utilização pública da obra, que objetive o retorno pecuniário direto ou indireto (receita ou promoção), está sujeita à incidência do direito patrimonial”.

Ao caso aplica-se a regra prevista no artigo 46, VI, da Lei nº 9.610/98, que estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais “a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

Desse modo, como a apelante não auferiu proveito econômico, uma vez que o evento foi gratuito, para propiciar entretenimento aos alunos, pais e professores, fazendo parte do programa pedagógico, não havia necessidade de autorização prévia do titular do direito autoral ou de seu substituto processual para sua promoção.

Interessante transcrever, para a correta solução da controvérsia, o disposto nos arts. 28, 29, 46 e 68 da Lei nº 9.610/1998, tidos por violados:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

[...]

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou **literomusicais**, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

[...]

3. Anoto, inicialmente, observada sempre a máxima vênia, não parece mesmo ser o caso de aplicação do óbice ao conhecimento do recurso especial, relativo à afirmada incidência das súmulas 7 e 83, ambas do STJ.

De fato, o tribunal local apura que o evento tinha entrada gratuita “[...] para propiciar entretenimento aos alunos, pais e professores, fazendo parte do programa pedagógico”. É dizer, além de estar expresso que o fito da execução musical era de entretenimento, fica claro que, na mesma linha do apurado na sentença, não havia “fins exclusivamente didáticos”, exigido pelo art. 46, VI, da Lei nº 9.610/1998, para que não se caracterize ofensa a direitos autorais.

Outrossim, no tocante aos julgados invocados por Sua Excelência para atrair a incidência da Súmula 83/STJ, é bem de ver que são todos da Terceira Turma do STJ, sendo certo que os dois julgados colegiados deixam claro, já na verbetagem (sequência de palavras-chave), que dizem respeito à execução musical em evento religioso, ainda que com invocação de caráter pedagógico, situação um tanto diferente da que ora é examinada.

4. Nesse passo, no mundo atual, parece evidente a existência de conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão de proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho.

Eduardo Lycurgo Leite registra:

Izabel Vaz afirma com rara precisão que um dos motivos da inserção da proteção à propriedade intelectual (propriedade industrial e

direitos autorais) entre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 encontra explicação na proteção aos direitos econômicos ou patrimoniais e morais do criador sobre as suas criações e aos direitos do público quanto ao acesso aos bens criados, fomentando dessa forma, o comércio real e, por conseguinte, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social.

[...]

A proteção à propriedade intelectual objetiva nutrir a criatividade humana sem, contudo, restringir indevidamente a disseminação de seus frutos, sendo dotada de notório interesse social. (LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, ps. 24-25)

Surgiu, então, na estruturação do direito autoral, a necessidade de conciliação de duas premissas básicas e antagônicas: a) a primeira: o autor retira do acervo cultural da humanidade os elementos com que produz a sua obra, surgindo daí o direito à coletividade em dela desfrutar; b) a segunda: a concepção e a criação da obra, como produtos do intelecto humano, devem propiciar ao autor, em sua exploração, os proventos correspondentes, reconhecendo-se também os direitos personalíssimos ínsitos nessa mesma criação e que à lei cabe preservar. (BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115.)

Observa-se, assim, que os direitos autorais albergam, em sua essência, o conflito entre o interesse público na fruição das obras, por vontade ou necessidade, e o privado, este voltado para a retribuição econômica sobre o trabalho, e aqueles direcionados à fruição desta obra.

É uma constante a preocupação com a integração destes interesses e a síntese destes conflitos, que se manifestam com a introdução de limitações e derrogações nos respectivos estatutos especiais.

Ratificando esta perspectiva, discorrendo sobre as semelhanças entre os institutos dos direitos intelectuais, aponta Eliane Y. Abrão que o interesse público é o responsável pelas exceções concedidas para esses direitos (ABRÃO, Eliane Y. *Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Gênero Propriedade Intelectual*. In Revista dos Tribunais nº 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.)

Nessa linha de raciocínio, deve-se entender a função social do direito de autor como garantia de melhor equilíbrio entre os direitos individuais conquistados pelos autores e o direito de acesso da coletividade à cultura e à informação.

Conforme bem destaca Bruno Jorge Hammes:

[...] juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar

certas restrições aos seus direitos. (HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 76-77.

Comentando sobre o equilíbrio entre os direitos de cada um e os interesses da coletividade em favor do bem comum, Hely Lopes Meirelles brinda-nos com a seguinte lição:

Os Estados Democráticos, como o nosso, inspiram-se nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum.

Em nossos dias predomina a ideia de relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, “o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 572-573).

Cabe notar, portanto, que o principal aspecto da defesa da função social dos direitos autorais está exatamente na promoção do balanceamento entre os direitos do autor e os direitos da coletividade.

Vale citar as palavras de Eduardo Vieira Manso:

Confrontam-se, dessa forma, dois interesses igualmente legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente satisfatória para ambos: de um lado, o autor, cujo trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial às ideias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, a sociedade que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural. Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal, em detrimento do interesse superior da cultura; e como mantenedora da ordem, não pode a sociedade subjugar o indivíduo, em seu exclusivo benefício, retirando-lhe aquelas mesmas prerrogativas que o governo confere ao autor, para o favorecimento da criação intelectual, e que são instrumento de importância relevante de seu próprio desenvolvimento e de sua subsistência soberana.

Tendo o direito autoral, como direito em geral, o fim último de proporcionar meios de realização de objetivos sociais, cabe-lhe reconhecer ao autor de obras intelectuais direitos subjetivos que, através da exclusividade, incentivem a criação dessas obras, que são

elementos substanciais do patrimônio cultural de um povo, sem, contudo, possibilitar o entrave do desenvolvimento social, o que terminaria por constituir verdadeira instituição do abuso de direito. A exclusividade, pois, de acordo com mecânica da justiça distributiva e tendo em conta a finalidade do próprio direito autoral, não há de ser absoluta ou, como diria Ascarelli, deve sofrer limitações «para que possa alcançar aquela finalidade de progresso que, em definitivo, justifica a tutela». (MANSO, Eduardo Vieira. *Direitos autorais*. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 90.)

E, no mesmo sentido, Hermano Duval:

Dizer-se hoje que o direito autoral é exclusivo não tem mais sentido, porque tal afirmativa omite um dos dados essenciais do problema, ou seja, a medida em que o direito exclusivo do autor cede às injunções da coletividade em favor do interesse público, na divulgação da cultura e da informação pela imprensa escrita, falada e visual” (DUVAL, Hermano. *Violação de direitos autorais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1985, p. 225.)

Segundo o professor José de Oliveira Ascensão, o princípio da função social do direito autoral enfrentou grandes dificuldades para se firmar:

O princípio da função social não teve vida fácil. Defrontou a hostilidade do liberalismo e individualismo a que se opunha; mas foi também combatido pelo coletivismo ascendente, para o qual representava uma estratégia para obstar a supressão pura e simples da propriedade. Hoje ressurge porém com nova força, após a derrocada do colectivismo como única orientação capaz de afrontar o hiperliberalismo selvagem que nos é imposto. Procura a congruência na realização dos fins individuais com os interesses colectivos”. (ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *A função social do Direito Autoral e as limitações legais*. In: *Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Jurua, 2007. p. 89.)

Portanto, o referido princípio permite aplicarem-se ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei –, além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do

abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas –, visando à correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

5. Em relação ao caso, anteriormente à vigência da Lei 9.610/98, a jurisprudência prevalente, no âmbito do direito autoral, enfatizava a gratuidade das apresentações públicas de obras musicais, dramáticas ou similares, como elemento de extrema relevância para distinguir o que estaria sujeito ao pagamento de direitos.

Portanto, na vigência da Lei nº 5.988/73, a existência do lucro se revelava como imprescindível à incidência dos direitos patrimoniais. Dessarte, as lições do saudoso Carlos Alberto Bittar, invocadas como razões de decidir pela Corte local, são precisas à luz do Diploma revogado (que não mais vigia por ocasião dos fatos que ensejou a presente demanda).

Nesse sentido, iterativa a jurisprudência desta Corte, à época, consoante se observa no julgamento dos REsp 232.175/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20/08/2001; REsp 225.535/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12/6/2000; REsp 228.717/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 28/8/2000; REsp 123067/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18/5/1998 e REsp 111.991/ES, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 27/10/1997.

Cumpra, nesse contexto, transcrever o disposto na norma revogada, que prescrevia:

Art. 73 - Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, **que visem a lucro direto ou indireto**, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

Com a edição da Lei 9.610/98, houve significativa alteração, inclusive no tocante ao ponto em discussão.

Com efeito, o confronto do *caput* do art. 73 da Lei 5.988/73, com o art. 68 da Lei 9.610/98, revela a subtração, no novo texto, da cláusula “que visem a lucro direto ou indireto”, como pressuposto para a cobrança de direitos autorais.

O dispositivo em vigor tem a seguinte redação:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
§ 1o Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta,

balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, **remunerados ou não**, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, **remunerados ou não**, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. (grifo nosso)

Leciona a abalizada doutrina:

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos direitos extrapatrimoniais e como a própria nomenclatura indica, referem-se à utilização da obra, que necessariamente não precisa ser econômica. O princípio básico, enfatiza Hammes, parte da ideia de propriedade e da utilização decorrente da vontade do criador. Para ele, “a sua vontade determina o que acontece com a obra, quem e como a utilizará”, pois “qualquer utilização depende de sua autorização”.

Mouchet e Radaelli já destacavam, em 1948, que “*el derecho pecuniário o derecho de utilización es la faz del derecho intelectual que tutela la explotación económica de la obra, de la cual se benefician no sólo el autor sino también sus herderos y derechohabientes*”. E aprofundavam, na justificativa de sua previsão legal:

Este derecho se funda en la justicia de asegurar para el autor y sus sucesores los beneficios producidos por el trabajo intelectual. Pero este derecho no es ilimitado en el tiempo, ya que casi todas las legislaciones le han fijado términos de duración (la vida del autor y cierta cantidad de años después de su muerte), respondiendo a justas razones de interés público.

Lipszyc destaca ainda que as prerrogativas de utilização não são esgotadas nas previsões legais:

Los derechos patrimoniales posibilitan que el autor efectúe en la explotación de su obra o, como es lo habitual, que autoricen a otros a realizarla, que participe en ella y que obtenga un beneficio económico.

Los derechos patrimoniales son independientes entre sí; no están sujetos a numerus clausus; el autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra, la cual implica el derecho del autor a obtener una remuneración. Los derechos patrimoniales no conocen más limitaciones que

las establecidas en la ley. (ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 107)

Dessarte, as exceções ao exclusivo direito de exploração econômica da obra estão contidas no supracitado art. 46 da Lei de Direitos Autorais que estabelece, em seu inciso VI, não constituir violação aos direitos autorais “a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, **para fins exclusivamente didáticos**, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

É bem verdade que a alteração do ordenamento jurídico mereceu ácidas críticas de José de Oliveira Ascensão, para quem a lei brasileira poderia estabelecer mais exceções, sem que fossem atingidas as convenções internacionais:

Concluimos, assim, que a essência do direito patrimonial não se encontra num direito de utilização, visto que, quando utiliza, o autor se encontra na mesma posição que qualquer pessoa, mas sim num *exclusivo de exploração econômica da obra*.

IV - De todo o modo, temos comprovada a relevância entre nós do intuito não lucrativo. Não é uma relevância geral, mas ressalta em pontos particulares.

Não se pode deixar de lamentar a ganância dos inspiradores da lei na limitação destas faculdades, esquecendo finalidades sociais, culturais, humanitárias e outras que mereceriam ser acarinhadas. Fica assim a lei brasileira muito aquém de leis estrangeiras. Tudo proíbe, com a preocupação de evitar fraudes ou diminuição de lucros.

Outras exceções que estabelecesse em nada atingiam as convenções internacionais.

[...]

A lei, querendo assegurar melhor o autor, vai proporcionar-lhe, não apenas o exclusivo de exploração econômica, mas ainda certos atos que em si não são exploração econômica, mas que a lei tutela já porque quer colocar mais longe e tornar mais seguros os limites do exclusivo do autor. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed.: Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 158-165)

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com o novo ordenamento jurídico, alterou seu entendimento anterior, para afastar a utilidade econômica do evento como condição de exigência para a percepção da verba autoral.

Em outras palavras: passou-se a reconhecer, na jurisprudência deste Tribunal, a viabilidade da cobrança dos direitos autorais também nas hipóteses em que a execução pública da obra protegida não é feita com o intuito de lucro.

Trata-se de posição consolidada nesta Corte, tendo em vista o julgamento, no âmbito da Segunda Seção, do REsp. 524.873-ES, assim ementado:

CIVIL. DIREITO AUTORAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESÇOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA OBRA MUSICAL. LEI Nº 9.610/98, ARTS. 28, 29 E 68. EXEGESE.

I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei nº 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor.

II. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 524.873/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 199)

6. No caso dos autos, observada sempre a máxima vênia, penso que não há falar em utilização de obra protegida para festas juninas, sem pagamento de direitos autorais.

De fato, como bem observado na sentença, a realização de festas juninas por escolas particulares, embora possa ter mesmo o caráter pedagógico atribuído pela Corte local, não se limita a tanto, “porquanto é evidente que sendo uma instituição particular de ensino, que tem por objetivo o lucro, todas as suas práticas tem esta finalidade, de forma direta ou indireta, não obstante não voltada exclusivamente para o seu objetivo social».

Ora, é inegável que a realização de festa junina por empresa constitui também um certo *marketing*. E ainda que tenha entrada franca, é realizada a venda de inúmeros produtos – que, como máxima da experiência, geralmente têm preços mais elevados que os de mercado – e serviços, constituindo a execução musical ingrediente relevante para propiciar/incrementar esse intenso comércio verificado por ocasião dessa festividade.

Afinal, é impossível compreender festa junina voltada para pais, alunos e funcionários sem execução musical com fim de entretenimento do público - caráter que, aliás, é reconhecido pela própria decisão recorrida.

Menciona-se precedente do STF, relator o Ministro Moreira Alves, à luz do Diploma revogado:

DIREITOS AUTORAIS. ARTIGO 73 DA LEI 5988/73. LUCRO INDIRETO.
- FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO RELATIVA_AO PARAGRAFO 2 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (SÚMULA 282 E 356). – **A ADOÇÃO DE CONCEITO AMPLO DE LUCRO INDIRETO NÃO CONFIGURA INTERPRETAÇÃO DESARRAZOADA DO ARTIGO 73 DA LEI 5.988/73.** APLICAÇÃO DA SÚMULA 400. – DISSÍDIO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO DEMONSTRADO COMO O EXIGE O ARTIGO 322, 'CAPUT', DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 104157, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 11/12/1984, DJ 24-05-1985 PP-07984 EMENT VOL-01379-04 PP-00759)

De mais a mais, consoante precedentes do STJ, é possível a cobrança de direitos autorais por, *v.g.*, execução de obra musical em festival de cultura regional e rodeio realizados por prefeitura, casamento, no ambiente de clínicas e hospitais, hotel, estabelecimentos comerciais, não havendo nenhum sentido/razoabilidade em se interpretar que a execução de obras musicais, com fito de entretenimento, em festa junina promovida por escola particular, não ensejaria também proveito econômico para os criadores da obra intelectual.

Ora, se a lei não abarca esse tipo de execução entre as exceções, parece não caber ao Judiciário deixar de reconhecer o direito patrimonial do autor, erigido pela Carta Magna a direito fundamental.

No ponto, reformulo o entendimento que acolhi no julgamento do AgRg no Aresp 725.233/SP, julgado por esta Turma em 25.8.15, para, agora examinando a questão com mais profundidade e diante das nuances deste caso concreto em análise, seguir a linha do cabimento de cobrança da verba relativa ao direito patrimonial das obras protegidas executadas, conforme previsto no Regulamento da recorrente.

7. Diante do exposto, com a devida vênia dos meus doutos pares que perfilharam entendimento diverso, dou provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial, restabelecendo o decidido na sentença, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: – Senhor Presidente, a análise da questão é bastante delicada. Deve passar, ao meu ver, pela interpretação do que seria “fins exclusivamente didáticos” de que trata a Lei nº 9.610/98, porque a atividade e o processo educacional podem dar-se em diferentes contextos.

As técnicas, métodos didáticos e a dinâmica do ensino se manifestam de diversas formas. Creio que, em algumas circunstâncias, podem e devem envolver entretenimento e até mesmo confraternização, visando à interação com a família e com a sociedade, sem prejuízo do objetivo exclusivamente educacional.

Por exemplo, é certo que a execução de uma partitura numa aula de música em um conservatório musical reveste-se de conteúdo exclusivamente didático. No entanto, o programa educacional para formação de um músico pode exigir apresentação pública, ainda que restrita a familiares e convidados do aluno, no âmbito do estabelecimento de ensino.

A presença de público, portanto, por si só, ao meu ver, não desqualifica o caráter eminentemente didático.

Em tais condições, entendo que se deve examinar as circunstâncias de cada caso concreto, de modo a se aferir se a execução musical realizada em evento de estabelecimento de ensino tem, de fato, finalidade exclusivamente didática.

No presente caso, peço respeitosa vênias à divergência, para, tendo em vista o contexto probatório apresentado pelas instâncias ordinárias, acompanhar o voto do Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Senhores Ministros. Com a vênua da divergência, acompanho o voto do eminente Relator.

Um dos precedentes mencionados no voto do Min. Raul Araújo foi da minha relatoria.

Tratava-se de um evento promovido por uma entidade religiosa.

Aqui o evento foi promovido por um estabelecimento de ensino, estando caracterizada a finalidade didática na festa junina realizada sem fins gratuitos.

Acompanhando todos os argumentos lançados pelo voto do eminente Relator, também estou votando no sentido do desprovimento do recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0255566-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.575.225 / SP**

Números Origem: 0120822772007 01208227720078260000 120822772007
1208227720078260000 19372004 54530143 5453014300

PAUTA: 22/06/2016

JULGADO: 22/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS
Secretária
Bela. ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD

ADVOGADOS: KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S)

RODRIGO KOPKE SALINAS E OUTRO(S)

LÉO WOJDYSLAWSKI

ADVOGADA: ROSÂNGELA MARIA OLIVEIRA LOIOLA

RECORRIDO: SISTEMA COC DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA

ADVOGADOS: AIRES VIGO

WESLEY CÉSAR REQUI VIEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Coisas – Propriedade – Propriedade Intelectual / Industrial – Direito Autoral

CERTIDÃO
SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (voto de desempate), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 MINAS GERAIS (2011/0185236-1) (f)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

EMBARGANTE: GANTUS NASSER E OUTRO

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BALBINO GAMBOGI E OUTRO(S)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUANTO AO PEDIDO CONDENATÓRIO. PROSEGUIMENTO DA AÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Admitida a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o posterior reconhecimento da prescrição da ação quanto ao pedido condenatório não impede o prosseguimento da demanda quanto ao pedido de reparação de danos.

2. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Cesar Asfor Rocha, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito

Gonçalves e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA – Relator

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1) (f)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

EMBARGANTE: GANTUS NASSER E OUTRO

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BALBINO GAMBOGI E OUTRO(S)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por GANTUS NASSER e OUTRO, em que se insurgem contra acórdão da Segunda Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, assim ementado (fl. 494):

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. SANÇÕES E INDENIZAÇÃO DO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO ÀS SANÇÕES. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO À REPARAÇÃO DE DANOS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA A DEFESA PRÉVIA. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. NULIDADE REJEITADA.

- Enfrentando o Tribunal de origem as questões jurídicas submetidas ao seu exame, não há omissão no acórdão recorrido que deva ser sanada.

- Na linha da jurisprudência desta Corte, admite-se na ação de improbidade administrativa pedidos cumulativos de aplicação de sanções e de indenização do erário.

- Decretada a prescrição apenas em relação às sanções, admite-se o prosseguimento da ação de improbidade quanto ao pedido de reparação de danos.

- A ausência de notificação para apresentação de defesa prévia implica nulidade do processo tão somente se comprovado o efetivo prejuízo do réu.

Agravo regimental improvido.

No acórdão objeto da divergência, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa: (a) são cumuláveis os pedidos de aplicação de sanções e de ressarcimento ao erário; e (b) reconhecida a prescrição em relação às sanções, é possível o prosseguimento da ação apenas quanto ao pedido de ressarcimento.

Os embargantes sustentam, em síntese, que o acórdão embargado divergiu do entendimento adotado pela Primeira Turma no julgamento do REsp 801.846/AM, Rel. Min.

DENISE ARRUDA, segundo o qual (fl. 521):

...configurada a prescrição da ação civil de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992, é manifesta a inadequação do prosseguimento da referida ação tão somente com o objetivo de obter ressarcimento de danos ao erário, o qual deve ser pleiteado em ação autônoma.

Alegam que no acórdão paradigma foi consagrado o entendimento no sentido de que o pedido de ressarcimento possui natureza acessória, «de modo que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (*ex vi* do art. 23, I, da mencionada Lei) implica, necessariamente, a extinção da ação de improbidade” (fl. 522).

Aduzem que a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.163.643/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou a compreensão no sentido de que o procedimento estabelecido no art. 17, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8.429/1992 “somente é aplicável à ação de improbidade típica, que não se confunde com as ações que visam o ressarcimento do erário” (fl. 525).

Os embargos foram admitidos na decisão de fls. 559/560.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 563/568). Sustenta, preliminarmente, que os embargos não merecem ser conhecidos, por falta de cotejo analítico entre os julgados tidos por divergentes. No mérito, aduz que a divergência foi superada, pois a Primeira Turma, no julgamento do REsp 928.725/DF, Rel. para o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, adotou o entendimento no sentido de que (fl. 566):

...em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, a subsistência do pedido de ressarcimento, se assim foi entendido na via processual adequada, não importa na extinção da ação de improbidade, devendo ela prosseguir normalmente em primeiro grau.

É o relatório

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1) (f)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUANTO AO PEDIDO CONDENATÓRIO. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Admitida a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o posterior reconhecimento da prescrição da ação quanto ao pedido condenatório não impede o prosseguimento da demanda quanto ao pedido de reparação de danos.

2. Embargos de divergência rejeitados.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Conforme relatado, no acórdão objeto da divergência, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa: (a) são cumuláveis os pedidos de aplicação de sanções e de ressarcimento ao erário; e (b) reconhecida a prescrição em relação às sanções, é possível o prosseguimento da ação apenas quanto ao pedido de ressarcimento.

Os embargantes sustentam, em síntese, que o acórdão embargado divergiu do entendimento adotado pela Primeira Turma no julgamento do REsp 801.846/AM, Rel. Min. DENISE ARRUDA, segundo o qual (fl. 521):

...configurada a prescrição da ação civil de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992, é manifesta a inadequação do prosseguimento da referida ação tão somente com o objetivo de obter ressarcimento de danos ao erário, o qual deve ser pleiteado em ação autônoma.

De início, rejeito a preliminar de não conhecimento dos embargos arguida pelo Ministério Público Federal, pois os embargantes demonstraram satisfatoriamente a divergência, com indicação do aresto paradigma, realizando o devido cotejo analítico entre os julgados tidos por divergentes.

No mérito, no entanto, os embargos não merecem ser acolhidos.

Conforme salientado pelo Ministério Público Federal, o entendimento adotado no acórdão paradigma foi superado pela Primeira Turma no julgamento do REsp 928.725/DF, Rel. para o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 5/8/09, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO ART. 17 DA LEI Nº 8.429/1992. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES PESSOAIS. SUBSISTÊNCIA DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. VIABILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA COM ESSA FINALIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Para melhor compreensão da matéria, cumpre transcrever trecho do voto condutor do citado precedente:

Conforme referiu o voto da Ministra relatora, defendi em sede doutrinária o entendimento de que a ação de improbidade

administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992 destina-se essencialmente a aplicar sanções de ordem pessoal aos agentes ímprobos, semelhantes às sanções penais (perda de cargo, interdição de direitos, suspensão de direitos políticos), e não propriamente a obter ressarcimento de danos. Não é por outra razão que o procedimento adotado para a ação de improbidade foi moldado em formato semelhante ao da ação penal para os crimes praticados por funcionário público contra a Administração, prevista nos artigos 513 a 518 do CPP. Para o puro e simples pedido isolado e autônomo de ressarcimento de danos, não há necessidade de utilização desse especialíssimo procedimento, podendo ser utilizado o rito comum da ação civil pública (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo, 3ª ed., SP:RT, 2008, p.124 e p. 140).

Inobstante, isso não significa dizer que a utilização da ação de improbidade para deduzir pedido autônomo de ressarcimento de danos acarrete, necessariamente, a extinção do processo sem julgamento de mérito. **Essa solução radical e inflexível não atende ao princípio da instrumentalidade das formas**, por força do qual não se anulam atos processuais que, embora praticados de forma diversa da enunciada, atingem mesmo assim a sua finalidade. Também não atende ao princípio da preservação (ou do aproveitamento) dos atos do processo, segundo o qual **não se declara a nulidade desses atos quando for possível suprir o defeito ou corrigir a irregularidade**. Ou seja: também em ação de improbidade deve-se aplicar o art. 284 do CPC, permitindo à parte autora promover as correções ou sanar as irregularidades eventualmente constatadas na petição inicial, a fim de propiciar o andamento normal do processo.

No caso concreto, há outra especial razão para dar provimento. **A ação de improbidade não deduziu apenas e unicamente o pedido de ressarcimento**. Na inicial, tal pedido veio cumulado com o da aplicação das outras sanções típicas da ação de improbidade, as quais, todavia, não ultrapassaram a fase de recebimento da demanda, pois foram consideradas prescritas. Assim, foi correta a eleição do rito processual inicialmente imprimido. Na verdade, **a subsistência isolada do pedido de ressarcimento ocorreu por decisão judicial superveniente**, justamente quando o procedimento, ultrapassando sua fase peculiar de “recebimento da inicial”, prevista nos parágrafos 6º a 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, retomava o “rito ordinário”, como estabelecido no *caput* desse art. 17. Isso significa dizer que, nas circunstâncias do caso, sequer emenda à inicial é necessária, pois na fase em que se encontrava quando remanesceu o pedido isolado de ressarcimento, a demanda já assumia o rito do processo comum, próprio para a pretensão ressarcitória. **Seria injustificável**

exagero formal determinar que, mesmo assim, o processo fosse extinto, para que outro tivesse início. (grifo nosso)

No caso, a situação dos autos é semelhante à do citado precedente. Com efeito, na inicial foram cumulados os pedidos de ressarcimento do dano e de imposição das sanções de: (a) suspensão dos direitos políticos; (b) pagamento de multa civil; e (c) proibição de contratar com o Poder Público (fl. 7). A sentença julgou o pedido inteiramente procedente (fls. 202/216). Apenas em sede de apelação é que foi reconhecida a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento e a prescrição das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (fls. 293/307).

Assim, em obediência ao princípio da instrumentalidade das formas, não há motivos para que se julgue extinto o presente processo e outro tenha início para que seja efetuado o ressarcimento do dano. No mesmo sentido é o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. AÇÃO PRESCRITA QUANTO AOS PEDIDOS CONDENATÓRIOS (ART. 23, II, DA LEI Nº 8.429/1992). PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO AO PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.

2. O Ministério Público ostenta legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei nº 7.347/1985. Precedentes do STJ: REsp 839650/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2008; REsp 226.912/MG, SEXTA TURMA, DJ 12/05/2003; REsp 886.524/SP, SEGUNDA TURMA, DJ 13/11/2007; REsp 151811/MG, SEGUNDA TURMA, DJ 12/02/2001.

3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei nº 8.429/1992 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009.

4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, *in casu*, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível. (REsp 1.089.492/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 18/11/10)

Cumpra esclarecer que o entendimento aqui adotado não está em desacordo com o decidido no julgamento do REsp 1.163.643/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 30/3/10, realizado nos termos do art. 543-C do CPC.

Com efeito, na ocasião foi apreciado recurso especial interposto por réu em ação civil pública, condenado a ressarcir os danos causados ao erário, no qual sustentava ofensa ao art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992, por não lhe ter sido dada a oportunidade de notificação para defesa prévia.

O referido recurso especial foi improvido ao fundamento de que, em se tratando de ação com pedido exclusivamente de reparação de danos, “não há razão para impor, sob pena de nulidade, o procedimento previsto art. 17 da Lei nº 8.429/1992, seja no seu § 7º, seja nos demais parágrafos”, sendo, ao final, sugerida a edição de súmula nos seguintes termos: “O procedimento estabelecido no art. 17 da Lei nº 8.429/1992 somente é obrigatório para ações de improbidade administrativa que visem a aplicar aos responsáveis sanções político-civis de caráter pessoal”.

Assim, não há similitude fática entre o presente caso e o citado precedente.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de divergência.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1) (f)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

EMBARGANTE: GANTUS NASSER E OUTRO

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BALBINO GAMBONI E OUTRO(S)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Sr. Presidente, vou ficar nos estritos limites da nossa discussão. A propósito, reporto-me aos inúmeros precedentes da Seção e de ambas as Turmas para acompanhar o voto do Ministro relator.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

EMBARGANTE: GANTUS NASSER E OUTRO

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BALBINO GAMBOGI E OUTRO(S)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VOTO VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, o respeito intelectual e o bem querer que tenho pelo Senhor Ministro Herman Benjamin me impelem a dizer que essa observação de que se quer impedir o ressarcimento, submetendo-o ao prazo prescricional da ação de improbidade, não o absorvo como sendo dirigido a mim. Absolutamente, não afirmo isso e nem afirmaria e nem é o meu pensamento, por isso a alusão não me cabe.

2. Imaginemos, por exemplo, que não seja proposta a ação de improbidade. Por qualquer motivo, até mesmo pela prescrição ou por uma conveniência qualquer do autor da ação, que é o Ministério Público, que não decidi se deve propor ou não. Se ele quiser propor apenas o ressarcimento pode? Evidente que pode. É claro que pode. Não tenho dúvida nenhuma que pode.

3. O rito da ação de improbidade é absolutamente típico e próprio e a ele se aplicam todas as garantias do processo penal. No procedimento civil comum ordinário, a defesa do acionado é amplíssima. A ação de ressarcimento cursará pelo procedimento civil comum ordinário, e não pelo rito da ação de ressarcimento, neste caso, da ação de improbidade. A ação de ressarcimento não cursará pelo rito da Lei nº 8.429/1992 e, sim, pelo procedimento civil comum ordinário do Código de Processo Civil, com todas as liberdades de prova, todos os amplos ensejos de discussão e de debate. A sanção é só reparação do dano e nenhuma outra. Não haverá, por exemplo, na ação de ressarcimento, como há na ação de improbidade, a perda de direitos políticos por cinco, por três anos, ou pela vida toda. Não haverá isso.

4. A ação de ressarcimento tem objeto próprio. Penso que as ações devem respeitar as suas tipicidades.

5. Ou, então, chegaremos, em breve tempo, Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, à proposição de uma ação judicial sem nenhum pré-requisito, nem genérico, nem específico, nem típico. Poder-se-á propor, por exemplo, um mandado de segurança para cobrar uma dívida. Poder-se-á propor um *habeas corpus* para reintegrar uma pessoa em um cargo público. Ele não terá sido afastado injustamente? Ele não foi sancionado de maneira ilícita? Foi de maneira abusiva? Foi. Então, por que não um *habeas corpus*? Qual a inconveniência de um *habeas corpus* para ele ser reintegrado? Mas achamos que não é possível. Achamos que deve ser, por exemplo, o mandado de segurança.

Uma ação de despejo tem requisitos especiais; uma ação consignatória só pode ser proposta pelo credor contra o devedor, mas não por outra pessoa, e assim por diante.

6. Quero chamar a atenção, Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, mas sem nenhum intuito de estabelecer qualquer paradigma, só que as ações, principalmente as típicas, têm seus requisitos peculiares, e o desrespeito a esses requisitos acarreta a improcedibilidade.

7. Senhor Presidente, acolho os embargos de divergência, com todo o respeito reverencial ao voto do eminente Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Sr. Presidente, o tema merece um debate até mais amplo. Tanto é assim que, no Recurso Especial n. 801.846 – consta inclusive menção desse julgamento no voto de S. Exa., do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima –, a Primeira Turma, por unanimidade de votos, entendeu de forma exatamente diversa desta que poderia haver o prosseguimento da ação. Decidiu a Turma, naquela oportunidade, que deveria julgar, procedendo-se uma ação autônoma.

Fico somente com o argumento da celeridade e da economia processual, Sr. Presidente, até aqui, comprometendo-me a revisitar esse tema em estudo. Vou buscar um processo específico de minha relatoria para fazer uma análise mais aprofundada, mas, até aqui, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.218.202 - MG (2011/0185236-1) (f)

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, minha posição já foi anunciada quando dos debates. Assumi as expressões “quanto ao ponto específico deste julgamento” ao que posto pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0185236-1 **REsp 1.218.202 / MG**

Números Origem: 10472030017504 10472030017504003 175042220038130472
201001947421

PAUTA: 27/06/2012

JULGADO: 22/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**
Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**
Secretária
Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: GANTUS NASSER E OUTRO

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BALBINO GAMBOGI E OUTRO(S)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Cesar Asfor Rocha, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



**HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SÃO PAULO
(2009/0227091-0)**

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MOEDA FALSA. (1) ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONTRATAR OUTRO ADVOGADO. NOMEAÇÃO DE DATIVO PARA DEDUÇÃO DA DEFESA ESCRITA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO RÉU. QUANDO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INTIMAÇÃO DO APENADO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO DEFENSOR. SILÊNCIO. NOMEAÇÃO DA DPU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO*. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. VÍCIO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio do *venire contra factum proprio* (proibição de comportamentos contraditórios). É extreme de dúvidas que, diante da leniência do advogado constituído, é de se intimar o réu para contratar outro. Nesse contexto, tendo o magistrado, automaticamente, nomeado dativo para apresentação de alegações finais, tem-se irregularidade, pela contrariedade à ampla defesa. Contudo, não é de se decretar a nulidade, tendo em vista que, *in casu*, após a sentença condenatória, foi dada a oportunidade para o apenado constituir novo causídico, ocasião em que restou silente, assumindo, então, o patrocínio da causa a Defensoria Pública. Em tal situação, violaria

o primado da vedação de comportamentos contraditórios, a invalidação processual, conferindo ensejo ao paciente de agir de modo oposto ao já empreendido.

2. Não é de se conhecer do *habeas corpus* no tocante a tema (dosimetria da pena) que não foi ventilado na origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 20 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora

HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SP (2009/0227091-0)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCINEY FERREIRA CAMPOS, apontando como autoridade coatora a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 2005.61.81.005172-1).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções previstas no artigo 289, § 1º, do Código Penal, porque, no dia 27/05/2005, teria guardado moeda falsa (fl. 07).

Julgada procedente a incoativa, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, mais multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fl. 209).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento apenas para conceder ao réu os benefícios da justiça gratuita, sendo rejeitada a preliminar de nulidade. Consta do acórdão (fl. 283):

Devidamente intimado o defensor constituído para oferecer alegações finais, a nomeação de defensor dativo pelo juízo supre a inércia daquele, justificando-se a invalidação do ato apenas em razão da deficiência da defesa e da demonstração do prejuízo, nos termos da Súmula 523 do STF e do Art. 563 do CPP.

Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos, assim ementado o aresto (fl. 305):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO NÃO É HIPÓTESE DE CABIMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS AUTORIZADORES DO RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se à correção de julgados omissos, contraditórios, ambíguos ou obscuros.
2. O prequestionamento de dispositivos normativos, para fins de interposição de recurso especial e extraordinário, não é hipótese de cabimento dos embargos declaratórios.
3. O objetivo único de prequestionar, quando ausentes os vícios legais que autorizam os embargos, não os torna cabíveis.
4. Na verdade, a defesa pretende, pela via dos embargos, revolver matéria fática já exaustivamente analisada por esta Corte, o que é terminantemente vedado.
5. Destarte, ao voltarem-se os embargos de declaração contra o acerto ou desacerto do julgado, e não contra vícios formais, a pretensão há de ser recusada, porque a via é imprópria para veicular tal discussão.
6. Assim, por não ter sido mencionado no recurso nenhum dos vícios autorizadores de sua interposição, a conclusão é pelo não conhecimento dos embargos de declaração, e não por sua rejeição.
7. Não conhecimento dos embargos.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante alega constrangimento ilegal em razão da falta de intimação do paciente para constituir novo defensor, bem como pela exasperação indevida da pena-base.

Sustenta que “a ampla defesa não foi assegurada ao paciente, visto que, embora desde o início do processo tenha se feito representar por defensora constituída, o réu não foi intimado da necessidade de constituir um defensor, na inércia de sua anterior advogada”. Acentua que o Juízo, de ofício, nomeou um defensor *ad hoc* para representá-lo, mas “não teve garantido o direito de ser defendido por pessoa de sua escolha” (fl. 3-v).

Assevera que a sentença fixou a pena-base em 6 (seis) meses acima do mínimo legal porque o paciente ostentaria maus antecedentes. Alega, contudo, que “não há condenações com trânsito em julgado, de forma que se mostra incabível o desproporcional aumento estabelecido” (fls. 4 e 4-v).

Requer, liminarmente, que seja reconhecida “a nulidade processual decorrente da ausência de intimação do paciente para constituir novo defensor” e que seja estabelecida a pena em seu mínimo legal. No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem, com a confirmação da liminar.

A liminar foi indeferida, fls. 359-360.

As informações foram prestadas, fls. 364-400, 416-425 e 449-465.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 408-414, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das M. de C. G. Aras, opinando pela concessão da ordem para anular a ação penal a partir da nomeação do defensor dativo.

Foi requerida preferência no julgamento, fl. 430, e intimação da sessão de julgamento, fl. 442.

Segundo as últimas informações, sobreveio o trânsito em julgado da condenação, baixando os autos à Vara de origem, para início de cumprimento de pena.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SP (2009/0227091-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MOEDA FALSA. (1) ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONTRATAR OUTRO ADVOGADO. NOMEAÇÃO DE DATIVO PARA DEDUÇÃO DA DEFESA ESCRITA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO RÉU. QUANDO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INTIMAÇÃO DO APENADO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO DEFENSOR. SILÊNCIO. NOMEAÇÃO DA DPU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO*. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. VÍCIO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio do *venire contra factum proprio* (proibição de comportamentos contraditórios). É extrema de dúvidas que, diante da leniência do advogado constituído, é de se intimar o réu para contratar outro. Nesse contexto, tendo o magistrado, automaticamente, nomeado dativo para apresentação de alegações finais, tem-se irregularidade, pela contrariedade à ampla defesa. Contudo, não é de se decretar a nulidade, tendo em vista que, *in casu*, após a sentença condenatória, foi dada a oportunidade para o apenado constituir novo causídico, ocasião em que restou silente, assumindo, então, o patrocínio da causa a Defensoria Pública. Em tal situação, violaria o primado da vedação de comportamentos contraditórios, a invalidação processual, conferindo ensejo ao paciente de agir de modo oposto ao já empreendido.

2. Não é de se conhecer do *habeas corpus* no tocante a tema (dosimetria da pena) que não foi ventilado na origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O caso em foco é *sui generis*.

Num primeiro lance, a solução parece simples: o reconhecimento da irregularidade, tendo em vista que foi desrespeitada a regra basilar de que, desidioso o defensor constituído, deve ser intimado o acusado para providenciar um novo.

O juiz assim não procedeu, tendo nomeado dativo para a apresentação das alegações finais. Sobreveio sentença condenatória. Intimado novamente o defensor constituído, aquele mesmo anteriormente silente, manteve-se como tal. Então, e aí a grande peculiaridade do caso, o magistrado, retomando o trilho da correção, intimou o condenado para contratar outro causídico, caso contrário seria nomeado Defensor Público. Todavia, em tal ocasião, o apenado quedou-se inerte, vindo então a ingressar nos autos a DPU.

Apresentadas as razões recursais, prontamente, a Defensoria destacou a nulidade na dedução das alegações finais. Negado provimento à irresignação, foram opostos embargos de declaração. Na sequência, foram interpostos recurso extraordinário, inadmitido, e agravo de instrumento, a que o Pretório Excelso negou seguimento.

Nesse contexto, em vez de se ter aviado recurso especial, para alcançar a cognição deste Corte, impetrou-se o presente *habeas corpus*.

De início, cabe salientar que o *writ* não pode ser empregado como substitutivo de recurso especial. Nesse sentido, seria inapropriado do *mandamus* se servir, como que contornando os requisitos de admissibilidade para a discussão de direito, conforme a dicção do art. 105, III, da Carta da República.

Não bastasse tal dificuldade na cognição da presente ordem, há uma particularidade do evoluer fático-processual que me pôs a refletir. Por mais que reconheça a ilegalidade na nomeação do dativo para lhe oferecer as alegações finais, é digna de nota a conduta do paciente que, posteriormente (após a sentença), tendo sido instado a se manifestar acerca do interesse em contratar outro advogado de sua confiança, simplesmente ficou silente, passando, então, a ser patrocinado pela Defensoria Pública.

De duas, uma: a) tendo manifestado desinteresse em constituir novo causídico, quando da condenação, seria ilógico cogitar que ele teria agido de modo diverso, anteriormente, na fase do antigo art. 500 do CPP; ou, b) diante da irregularidade, teria o paciente optado pelo silêncio, na expectativa de se beneficiar, posteriormente, da anulação do feito.

Nenhuma das duas opções, penso, sintoniza-se com a visão de um justo processo. Como lembra HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o “moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental, como na formulação substancial dos provimentos decisórios” (*Curso de direito processual civil*. 53ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, p. 28). Mais adiante, arremata: “O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio” (*Op. cit.*, p. 39).

Enfocando a boa-fé objetiva, sobreleva-se o subprincípio do *venire contra factum proprio*, que, penso, ilumina o tratamento a ser dispensado ao caso vertente. Acerca do tema, esclareceu o Ministro Luis Felipe Salomão:

O princípio segundo o qual a ninguém é dado contrariar os seus próprios atos, ou seja, agir contraditoriamente, tem matriz principiológica que remonta à Europa do início do século XX, a partir da obra *Venire contra factum proprium - Studien in Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que extrai das fontes romanas, bem como das obras dos glosadores e pós-glosadores a ideia de *nemo potest venire contra factum proprium* (SCHERIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório - Tutela da confiança e *venire contra factum proprium* – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 65).

Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo a qual “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou

quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé” (*Apud*, NERI JUNIOR, Nelson. Código civil comentado (...), 6ª ed. p.507). (Trecho do voto condutor do REsp 1040606/ES, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012).

Tendo em vista o primado em foco, por meio do qual à ordem jurídica repugna a ideia de comportamentos contraditórios, tendo em vista a leniência do paciente quanto à constituição de novo defensor, seria de esperar, por coerência, conduta assemelhada quando da apresentação das alegações finais.

O princípio do *venire contra factum proprio* já foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, na seara processual penal, *verbis* :

Cumprir destacar que, no sistema das invalidades processuais, deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono aos princípios da boa-fé e da lealdade processuais.

Nesse diapasão, entendo que, levando em conta o fato de a defesa do paciente ter convergido para ocorrência da suposta nulidade – inversão da ordem de apresentação das alegações finais –, não pode, em momento posterior, visando a beneficiar-se de seu primeiro ato, vir a requerer a anulação do julgamento. É que tal comportamento, para mim, é inequivocamente contraditório, devendo, portanto, ser refutado. Cabe enfatizar, ainda, que essa linha de raciocínio que venho expor está prevista expressamente no art. 565 do CPP, quando dispõe que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse .

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*. (fecho do voto condutor do HC 108476, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 13-04-2012 PUBLIC 16-04-2012)

Idêntica solução foi alcançada no HC 104185, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-01 PP-00063.

Nesta Corte, também, o princípio já foi aplicado no âmbito processual penal:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. PEDIDO DO PRÓPRIO RÉU. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*.

1. Embora o entendimento desta Corte seja no sentido de que as qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, se mostrarem absolutamente improcedentes, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença, na espécie, não há como anular o acórdão que acatou pedido do próprio réu.

2. Portanto, a ninguém é dado vir contra o próprio ato, sendo vedado o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

3. Ordem denegada.

(HC 121.308/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 03/02/2012)

HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Improcede a alegação de suspeição do Juiz de primeiro grau pelo fato de haver se reunido com o acusado, atendendo a pedido deste, fora das dependências do fórum, em gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, como um dos deveres do juiz, “tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.” (art. 35, IV, da Lei Complementar nº 35/1975).

Mesmo no gozo de suas férias, nada mais fez o Juiz que atender a pedido da parte para que fosse atendida e ouvida.

3. Da dita reunião não se extraiu, pelos elementos de cognição contidos neste *habeas corpus*, aconselhamento jurídico levado a efeito pelo magistrado.

4. O fato de o encontro ter ocorrido fora das dependências do fórum, por si só, não acarreta a suspeição do magistrado, visto que o conteúdo e o alcance da conversação, presenciada, inclusive, pelo Procurador-Geral de Justiça, ficou bem delimitada nos autos, e, de seu conteúdo, não se constata a existência de palavra ou atitude comprometedoras de isenção do juiz.

5. Em direito processual, é vedado às partes a adoção de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*).

Na espécie, foi o réu quem solicitou, com insistência, o encontro com o juiz. Inadmissível que, agora, pretenda acoimar o ato de suspeito.

6. Ordem denegada.

(HC 206.706/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 21/03/2012)

Assim, tendo o paciente assumido certa postura, contrária à constituição de novo advogado, seria ilógico, nesse passo, anular o processo, reabrindo oportunidade para que venha ele a atuar contraditoriamente ao comportamento por ele empreendido.

Nesse particular, não vejo como acolher a pretensão anulatória.

Melhor sorte não aproveita ao impetrante no pertinente à dosimetria da pena.

Pela leitura atenta do aresto da apelação, bem como dos embargos de declaração, percebe-se que a matéria não foi abordada, sendo, por conseguinte, vedado a esta Corte dela cuidar, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, conheço em parte da ordem e, nessa extensão, denego-a.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0227091-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 154.250 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200561810051721

EM MESA

JULGADO: 20/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Fé Pública – Moeda Falsa / Assimilados

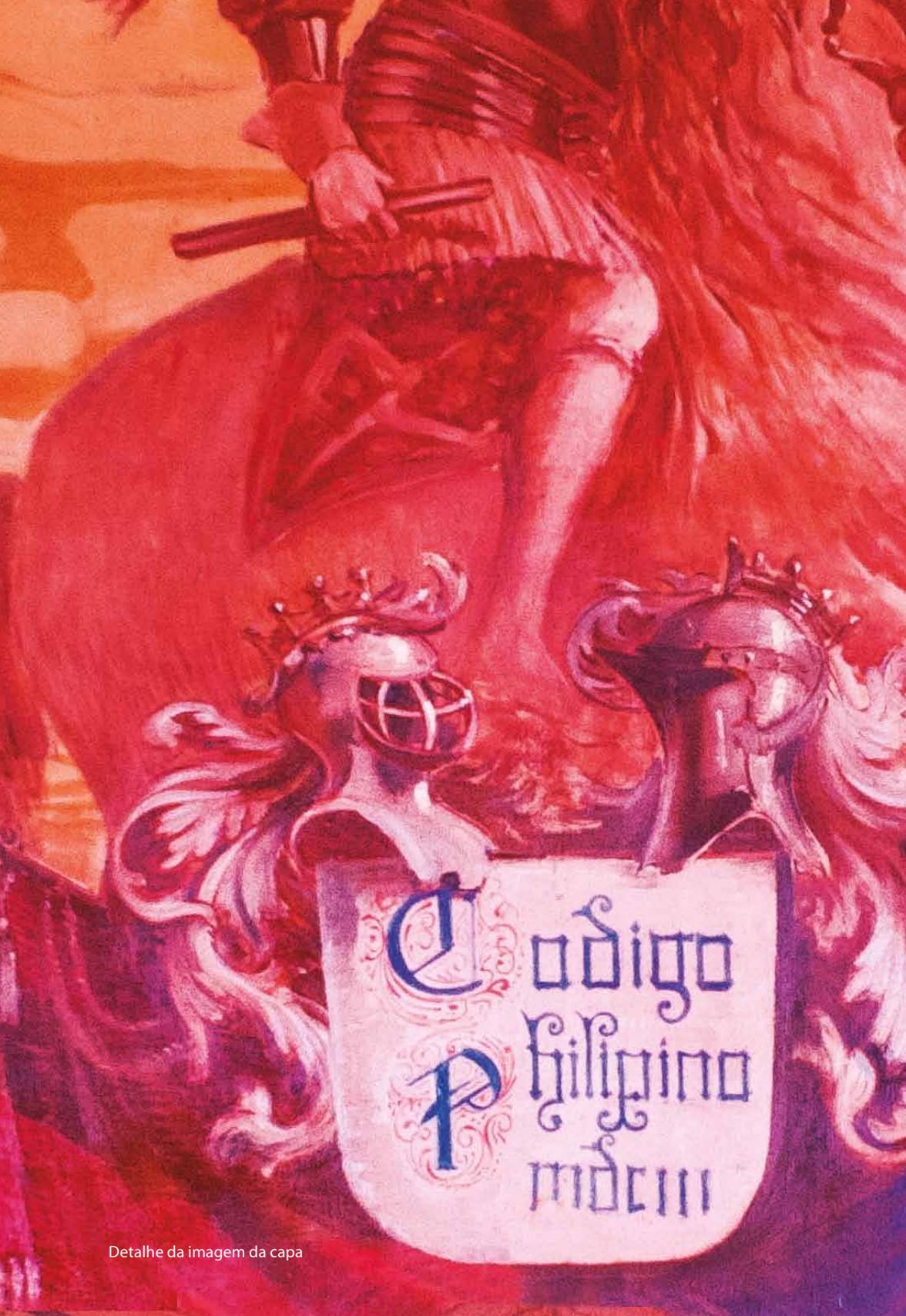
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

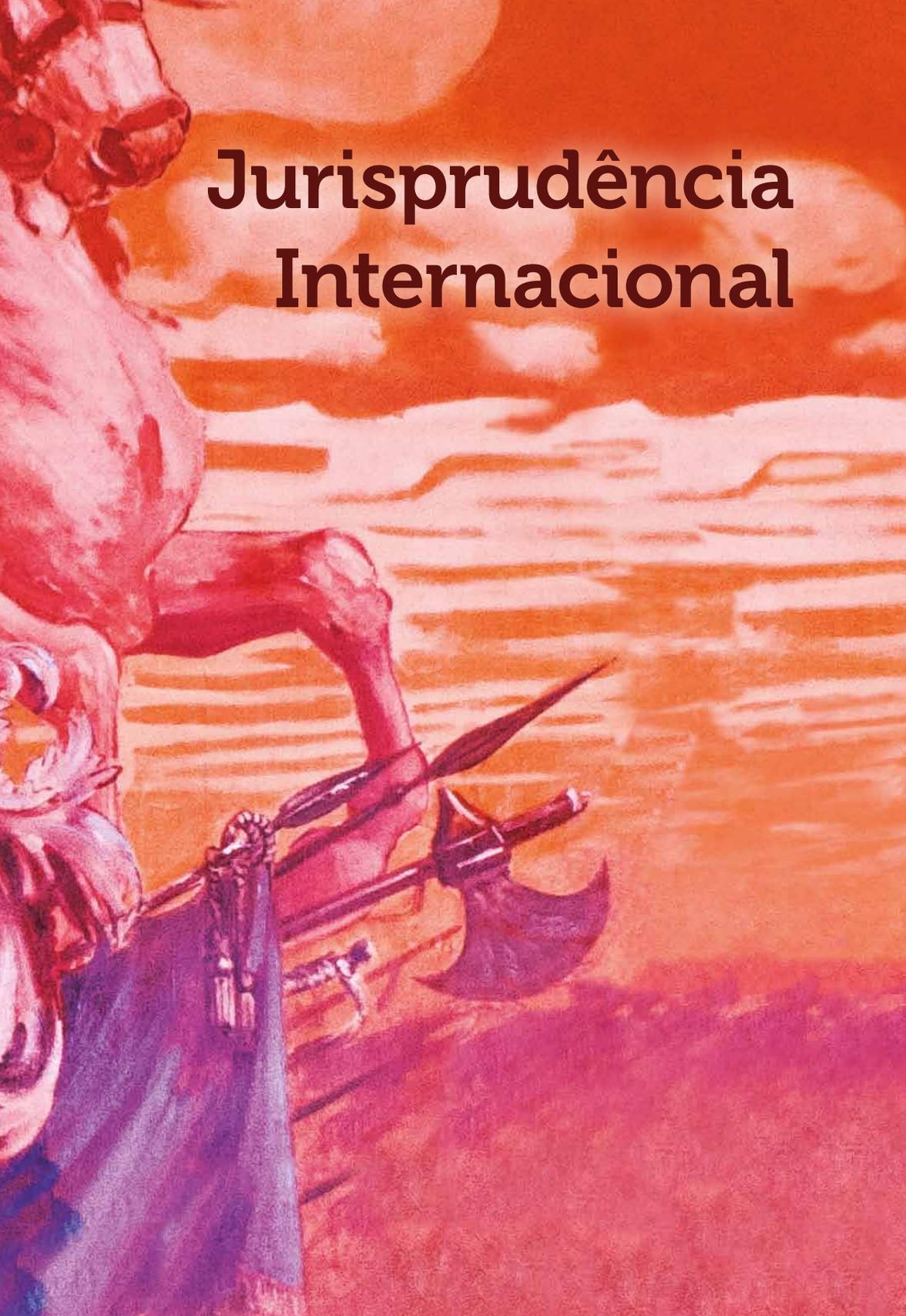
Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



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 “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparações e Custas)

No caso “A Última Tentação de Cristo” (caso Olmedo Bustos e outros), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte”, “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Antônio A. Cançado Trindade, **Presidente**

Máximo Pacheco Gómez, **Vice-Presidente**

Hernán Salgado Pesantes, **Juiz**

Oliver Jackman, **Juiz**

Alirio Abreu Burelli, **Juiz**

Sergio García Ramírez, **Juiz** e

Carlos Vicente de Roux Rengifo, **Juiz**;

presentes, ademais,

Manuel E. Ventura Robles, Secretário e

Renzo Pomi, Secretário Adjunto

de acordo com os artigos 29 e 55 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”), profere a seguinte Sentença no presente caso.

I INTRODUÇÃO DA CAUSA

1. Em 15 de janeiro de 1999, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) submeteu à Corte uma demanda contra a República do Chile (doravante denominado “o Estado” ou “Chile”) que se originou em uma denúncia (nº 11.803) recebida na Secretaria da Comissão em 3 de setembro de 1997. Em sua demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e os artigos 32 e seguintes do Regulamento. A Comissão submeteu este caso com o fim de que a Corte decidisse se houve violação, por parte do Chile, dos artigos 13 (Liberdade de Pensamento e de Expressão) e 12 (Liberdade de Consciência e de Religião) da Convenção. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que, como consequência das supostas violações aos artigos antes mencionados, declarasse que o Chile descumpriu os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma.

2. Segundo a demanda, estas violações teriam ocorrido em detrimento da sociedade chilena e, em particular, dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, como resultado “da censura judicial imposta à exibição cinematográfica do filme “A Última Tentação de Cristo”, confirmada pela Excelentíssima Corte Suprema do Chile [...] em 17 de junho de 1997.”

3. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado:

1. Autor[izar] a normal exibição cinematográfica e publicidade do filme “A Última Tentação de Cristo”.

2. Adeq[uar] suas regras constitucionais e legais aos padrões sobre liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana, [com o] fim de eliminar a censura prévia às produções cinematográficas e sua publicidade.

3. Assegur[ar] que os órgãos do poder público[,] suas autoridades e funcionários no exercício de suas diferentes faculdades, exerçam [efetivamente] os direitos e liberdades de expressão, consciência e religião reconhecidos na Convenção Americana, e [...] se abstenham de impor censura prévia às produções cinematográficas.

4. Repar[ar] as vítimas neste caso pelo dano sofrido.

5. Efet[uar] o pagamento de custas e reembols[ar] os gastos incorridos pelas vítimas para litigar este caso tanto [no] âmbito interno como perante a Comissão e a Honorable Corte, além dos honorários razoáveis de seus representantes.

II

COMPETÊNCIA

4. O Chile é Estado Parte na Convenção Americana desde 21 de agosto de 1990 e reconheceu a competência contenciosa da Corte nesse mesmo dia. Portanto, a Corte é competente para conhecer do presente caso.

III

PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

5. Em 3 de setembro de 1997, a Comissão recebeu em sua Secretaria uma denúncia interposta pela Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G., em representação dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes e “do restante dos habitantes da República do Chile”. A Comissão comunicou

a denúncia ao Estado e solicitou que apresentasse a informação correspondente em um prazo de 90 dias.

6. Em 8 de janeiro de 1998, o Estado apresentou sua resposta à Comissão, que a transmitiu aos petionários, os quais apresentaram sua réplica em 23 de fevereiro de 1998. Em 16 de junho de 1998, depois da concessão de uma extensão de prazo, o Estado apresentou à Comissão um escrito contestando a réplica apresentada pelos petionários.

7. Em 27 de fevereiro de 1998, foi realizada uma audiência na sede da Comissão, à qual compareceram os representantes dos petionários, mas não o Estado, apesar de ter sido devidamente convocado.

8. Durante seu 99º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o Relatório nº 31/1998, através do qual declarou o caso admissível. Este relatório foi transmitido ao Estado em 18 de maio de 1998.

9. Em 22 de junho de 1998, a Comissão se pôs à disposição das partes para alcançar uma solução amistosa no caso, de acordo com o artigo 48.1.f da Convenção Americana. Apesar disso, não foi possível alcançar uma solução deste tipo.

10. Em 29 de setembro de 1998, durante seu 100º Período Ordinário de Sessões, a Comissão, de acordo com o artigo 50 da Convenção, aprovou o Relatório nº 69/1998. Neste relatório, a Comissão concluiu:

95. Que a sentença da Corte de Apelações de Santiago do Chile de 20 de janeiro de 1997 e sua confirmação pela Corte Suprema do Chile de 17 de junho do mesmo ano, que deixaram sem efeito a resolução administrativa do Conselho Nacional de Qualificação Cinematográfica que aprovou a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" em 11 de novembro de 1996, quando já havia entrado em vigor para o Chile a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada por esse Estado em 21 de agosto de 1990, são incompatíveis com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e violam o disposto nos artigos 1(1) e 2 da mesma.

96. A respeito das pessoas em cujo nome se promove o presente caso, o Estado chileno deixou de cumprir sua obrigação de reconhecer e garantir os direitos contidos nos artigos 12 e 13, em conexão com os artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Chile é Estado parte.

97. Nos casos nos quais uma disposição constitucional é incompatível com a Convenção, o Estado parte está obrigado, de acordo com o artigo 2, a adotar as medidas legislativas (constitucionais e ordinárias) necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades garantidos pela Convenção.

98. O Estado chileno não deu cumprimento às regras incluídas no artigo 2 da Convenção Americana, por não ter adotado, em conformidade com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra natureza que fossem necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades contidos na Convenção.

99. A Comissão avalia positivamente as iniciativas do Governo democrático do Chile, através dos órgãos competentes, dirigidas a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para fazer efetivo o direito à liberdade de expressão, em conformidade com seus procedimentos constitucionais e legais vigentes.

Além disso, a Comissão recomendou ao Chile que:

1. Suspenda a censura em relação à exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", em violação do artigo 13 da Convenção Americana.
2. Adote as disposições necessárias para adequar sua legislação interna às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a fim de que o direito à liberdade de expressão e todos os demais direitos e liberdades nela contidos tenham plena validade e aplicação na República do Chile.

11. Em 15 de outubro de 1998, a Comissão transmitiu o citado relatório ao Estado e concedeu um prazo de dois meses para que cumprisse suas recomendações. Transcorrido o prazo, o Estado não apresentou informação sobre o cumprimento das recomendações e tampouco as cumpriu.

IV

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

12. A demanda do presente caso foi submetida à Corte em 15 de janeiro de 1999. A Comissão designou como seus Delegados os senhores Carlos Ayala Corao, Robert K. Goldman e Álvaro Tirado Mejía, como seus assessores os senhores Manuel Velasco Clark e Verónica Gómez, e como sua assistente a senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Além disso, a Comissão informou que os senhores Juan Pablo Olmedo Bustos e Ciro Colombara López assumiram pessoalmente sua representação e que as demais supostas vítimas: Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, seriam representadas pela Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G., através dos senhores Pablo Ruiz Tagle Vial, Javier Ovalle Andrade, Julián López Masle, Antonio Bascuñan Rodríguez e Macarena Sáez Torres.

13. Em 27 de janeiro de 1999, após o exame preliminar da demanda realizado por seu Presidente (doravante denominado "o Presidente"), a Secretaria notificou-a ao Estado, e informou sobre os prazos para contestá-la, opor exceções preliminares e designar sua representação.

14. Nesse mesmo dia, a Secretaria solicitou à Comissão que apresentasse o endereço da Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A. G.; as procurações demonstrando que os senhores Pablo Ruiz Tagle Vial, Javier Ovalle Andrade, Julián López Masle, Antonio Bascuñan Rodríguez e Macarena Sáez Torres López são representantes dos senhores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes; e os endereços dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos e Ciro Colombara López, com o fim de comunicar o texto da demanda, de acordo com o artigo 35.1. e do Regulamento.

15. Em 27 de janeiro de 1999, a Comissão apresentou o anexo V à sua demanda, o qual corresponde ao livro denominado "*La Última Tentación*", de Nikos Kazantzakis. No dia seguinte, este anexo foi transmitido ao Estado.

16. Em 29 de janeiro de 1999, a Comissão apresentou os endereços da Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G. e dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos e Ciro Colombara López. Em 2 de fevereiro de 1999, a Secretaria notificou-lhes a demanda.

17. Em 9 de fevereiro de 1999, a Comissão apresentou as procurações concedidas pelos senhores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes à Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G.

18. Em 26 de março de 1999, o Estado solicitou à Corte que lhe concedesse um prazo adicional de 30 dias, contados a partir de 27 de março do mesmo ano, para a apresentação das exceções preliminares e a nomeação de seu Agente. Em 27 de março de 1999, a Secretaria informou ao Estado que o prazo para a nomeação do Agente havia vencido em 27 de fevereiro de 1999 e que o prazo para a apresentação de exceções preliminares vencia no próprio dia 27 de março de 1999. Finalmente, informou que seu pedido seria colocado à consideração do Presidente com a maior brevidade. Em 5 de abril de 1999, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao Estado que a extensão de prazo havia sido concedida até o dia 12 de abril de 1999.

19. Em 12 de abril de 1999, o Estado informou que estava "preparando uma proposta que pretend[ia] pôr fim à controvérsia e ao litígio em questão" e solicitou "um novo prazo adicional de 30 dias para os propósitos indicados." Nesse mesmo dia, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao Estado que a extensão de prazo havia sido concedida até 24 de abril de 1999.

20. Em 26 de abril de 1999, o Chile apresentou um escrito, através do qual manifestou sua vontade de "eliminar e/ou modificar toda normativa que lese ou viole a liberdade em seu conceito mais elevado" e propôs algumas bases para um acordo de solução para o caso.

21. Em 30 de abril de 1999, o senhor Jorge Reyes Zapata apresentou um escrito assinado por ele e pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal,

Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo solicitando serem ouvidos pela Corte Interamericana na qualidade de *amicus curiae*. Além disso, solicitaram ser ouvidos “em todas as instâncias orais e escritas que o regulamento permita”. Em 1º de junho de 1999, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao senhor Reyes Zapata que “a possibilidade de participação no processo perante [a] Corte está limitada às partes no caso respectivo até a etapa de reparações, isto é, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado demandado” e que, portanto, não era possível ter acesso a seu pedido de serem ouvidos na qualidade de terceiros coadjuvantes.

22. Em 25 de maio de 1999, a Comissão apresentou suas observações ao escrito do Estado de 26 de abril de 1999.

23. Em 27 de maio de 1999, o Estado designou o senhor Edmundo Vargas Carreño, Embaixador do Chile na Costa Rica, como seu Agente, e indicou como local para receber notificações a Embaixada do Chile na Costa Rica.

24. Em 2 de setembro de 1999, o Estado apresentou sua contestação da demanda.

25. Em 12 de outubro de 1999, a Comissão apresentou um escrito no qual manifestou que a contestação da demanda apresentada pelo Chile era “manifestamente extemporânea” e solicitou à Corte que a rejeitasse e se abstinhasse de considerá-la no exame do caso.

26. Em 25 de outubro de 1999, a Comissão apresentou a lista definitiva das testemunhas e peritos oferecidos em sua demanda e solicitou à Corte que substituísse o perito Lucas Sierra Iribarren pelo perito Juan Agustín Figueroa Yávar. No dia 26 do mesmo mês e ano, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, concedeu ao Estado um prazo até 1º de novembro de 1999 para que apresentasse suas observações sobre a substituição solicitada pela Comissão.

27. Em 26 de outubro de 1999, o Presidente proferiu uma Resolução através da qual convocou a Comissão e o Estado para uma audiência pública que seria realizada na sede do Tribunal, a partir das 10:00 horas de 18 de novembro de 1999, e convocou à mesma as testemunhas Ciro Colombara López, Matías Insunza Tagle e Alex Muñoz Wilson, supostas vítimas no caso, bem como os peritos Humberto Nogueira Alcalá, José Zalaquett Daher e Jorge Ovalle Quiroz, todos propostos pela Comissão em sua demanda. Além disso, nesta Resolução foi comunicado às partes que, imediatamente depois de recebida esta prova, poderiam apresentar suas alegações finais orais sobre o mérito do caso.

28. O Estado não apresentou observações à substituição do perito solicitada pela Comissão dentro do prazo concedido. Em 6 de novembro de 1999, o Presidente proferiu uma Resolução convocando o senhor Juan Agustín Figueroa Yávar para que comparecesse perante a Corte a prestar um parecer pericial.

29. Em 8 de novembro de 1999, o Chile apresentou um escrito afirmando que não tinha nenhum inconveniente com o comparecimento do senhor Juan Agustín Figueroa Yávar. Além disso, solicitou ao Tribunal que convocasse os senhores José

Luis Cea Egaña e Francisco Cumplido, propostos em sua contestação à demanda, para que prestassem parecer pericial durante a audiência pública sobre o mérito do caso.

30. Em 9 de novembro de 1999, a Corte proferiu uma Resolução através da qual decidiu rejeitar o escrito de contestação da demanda por ter sido apresentado extemporaneamente pelo Estado e convocar, com base no disposto no artigo 44.1 do Regulamento, os senhores José Luis Cea Egaña e Francisco Cumplido para que comparecessem perante a Corte para prestar um parecer pericial.

31. Em 15 de novembro de 1999, o senhor Hermes Navarro del Valle apresentou um escrito à Corte na qualidade de *amicus curiae*.

32. Em 11 de novembro de 1999, a Comissão informou que os senhores Alex Muñoz Wilson e Jorge Ovalle Quiroz, testemunha e perito apresentados pela Comissão, respectivamente, não poderiam comparecer à audiência sobre o mérito convocada pelo Tribunal.

33. Em 18 de novembro de 1999, a Corte recebeu, durante a audiência pública sobre o mérito, as declarações das testemunhas e os pareceres dos peritos propostos pela Comissão Interamericana e dos peritos convocados pelo próprio Tribunal com base no artigo 44.1 do Regulamento. Além disso, recebeu as alegações finais orais da Comissão e do Estado.

Compareceram perante a Corte:

Pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Carlos Ayala Corao, Delegado;
Manuel Velasco Clark, Assessor;
Verónica Gómez, Assessora;
Juan Pablo Olmedo Bustos, Assistente;
Javier Ovalle Andrade, Assistente;
Viviana Krsticevic, Assistente; e
Carmen Herrera, Assistente.

Pelo Estado do Chile:

Embaixador Edmundo Vargas Carreño, Agente; e
Alejandro Salinas, Assessor.

Como testemunhas propostas pela Comissão Interamericana:

Ciro Colombara López; e
Matías Insunza Tagle.

Como peritos propostos pela Comissão Interamericana:

José Zalaquett Daher;
Humberto Nogueira Alcalá; e
Juan Agustín Figueroa Yávar.

Como peritos convocados pela Corte Interamericana (Artigo 44.1 do Regulamento):¹

José Luis Cea Egaña; e
Francisco Cumplido.

34. Em 18 de setembro de 2000, o senhor Sergio García Valdés apresentou um escrito na qualidade de *amicus curiae*.

35. Em 6 de outubro de 2000, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, comunicou à Comissão e ao Estado que lhes concedia um prazo até 6 de novembro do mesmo ano para a apresentação das alegações finais escritas sobre o mérito do caso. Em 23 de outubro, a Comissão solicitou uma extensão de 20 dias. Em 24 de outubro, a Secretaria informou às partes que o Presidente havia concedido uma extensão até 27 de novembro de 2000.

36. Em 27 de novembro de 2000, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas.

37. Em 30 de novembro de 2000, a Secretaria, seguindo instruções do plenário da Corte e de acordo com o artigo 44 do Regulamento, solicitou à Comissão que apresentasse, ao mais tardar em 13 de dezembro de 2000, os documentos de prova que comprovassem o pedido de pagamento de custas e gastos apresentado no petítório de sua demanda, bem como as alegações correspondentes. Em 12 de dezembro de 2000, a Comissão solicitou uma extensão de um mês para a apresentação desta informação. No dia 13 do mesmo mês e ano, a Secretaria informou à Comissão que o Presidente havia concedido um prazo improrrogável até 8 de janeiro de 2001.

38. Em 8 de janeiro de 2001, a Comissão apresentou os documentos de prova que, em sua opinião, comprovavam o pedido de pagamento de gastos apresentado no petítório de sua demanda, bem como as alegações correspondentes. No dia seguinte, a Secretaria acusou o recebimento e, seguindo instruções do Presidente, concedeu prazo ao Estado até 24 de janeiro de 2001 para a apresentação de suas observações.

¹ O artigo 44.1 do Regulamento da Corte diz: Em qualquer fase da causa a Corte poderá: 1. Obter, *ex officio*, toda prova que considere útil. De modo particular, poderá receber na qualidade de testemunha, de perito ou por outro título, qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente.

39. Em 22 de janeiro de 2001, o Estado apresentou uma comunicação na qual informou sobre o trâmite em que se encontra o projeto de reforma constitucional dirigido a eliminar a censura cinematográfica no Chile. Nesse mesmo dia, a Secretaria transmitiu este escrito à Comissão.

40. Em 25 de janeiro de 2001, o Embaixador Guillermo Yunge Bustamante apresentou cópia da comunicação emitida pelo senhor Heraldito Muñoz Valenzuela, Ministro substituto das Relações Exteriores do Chile, através da qual designou o senhor Alejandro Salinas Rivera, Diretor de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores do Chile como Agente, e o Embaixador da Costa Rica no Chile, senhor Guillermo Yunge Bustamante como Agente Assistente.

41. Em 31 de janeiro de 2001, o Estado apresentou suas observações ao escrito da Comissão do dia 8 de janeiro de 2001, em relação ao pedido de pagamento de gastos apresentado na demanda. Apesar de que o escrito do Estado foi apresentado com sete dias de atraso, a Corte o admitiu, em aplicação do critério de razoabilidade e por considerar que esta demora não afetava o equilíbrio que o Tribunal deve resguardar entre a proteção dos direitos humanos e a segurança jurídica e equidade processual. Isso foi comunicado pela Secretaria ao Estado em 3 de fevereiro de 2001.

V

A PROVA DOCUMENTAL

42. Juntamente com o escrito de demanda, a Comissão apresentou cópia de cinco documentos contidos em cinco anexos (pars. 1 e 12 *supra*).²

43. O Estado não apresentou nenhuma prova, já que seu escrito de contestação da demanda foi rejeitado pela Corte por ser extemporâneo (pars. 24 e 30 *supra*).

44. Juntamente ao escrito relativo aos gastos pedido pela Corte, a Comissão enviou cinco anexos com cinco documentos (par. 38 *supra*).³

² Cf. anexo I: cópia do documento de qualificação emitido pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica em 11 de novembro de 1996, através do qual se informa que este Conselho revisou o filme *A Última Tentação de Cristo* e que o aprovou somente para maiores de 18 anos; anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrarázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996; anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça do Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações; anexo IV: cópia de um projeto de reforma constitucional que elimina a censura cinematográfica substituindo-a por um sistema de qualificação que consagra o direito à livre criação artística e cópia da mensagem nº 339-334, emitida no dia 14 de abril de 1997 pelo Presidente da República do Chile à Câmara de Deputados, como justificativa do projeto mencionado; e anexo V: um exemplar do livro intitulado "*A Última Tentación*" cujo autor é Nikos Kazantzakis e que foi publicado por Edições Lohlé-Lumen em 1996 em Buenos Aires.

³ Cf. fatura nº 004526 do Hotel Jade, emitida em 19 de novembro de 1999, em nome do senhor José Zalaquett; fatura nº 004540 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome de "Asoc. De Abogados por las Libe"; fatura nº 004541 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome de "Asoc. de Abogados por las Libe"; fatura nº 004542 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome de "Asoc. de Abogados por las Libe"; e fatura nº 0115909 de Aeromar Agência de Viagens Limitada, emitida em 16 de novembro de 1999, em nome de "Asoc. de Abogados por las Libertades Públicas."



PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

45. Durante a audiência pública, realizada em 18 de novembro de 1999, a Corte recebeu as declarações de duas testemunhas e os pareceres de três peritos propostos pela Comissão Interamericana, bem como os pareceres de dois peritos convocados pelo Tribunal em uso das faculdades indicadas no artigo 44.1 do Regulamento. Estas declarações são sintetizadas a seguir, na ordem em que foram produzidas:

a. Testemunho de Ciro Colombara López, suposta vítima no caso

Quando se impôs a censura ao filme “A Última Tentação de Cristo”, tinha 28 anos, era e é advogado, dedicava-se ao exercício livre da profissão e desempenhava uma função acadêmica na Universidade Católica do Chile. Não viu o filme “A Última Tentação de Cristo”. Profissional e academicamente tem grande interesse nos temas de direito penal, liberdade de expressão e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Publicou um livro no Chile sobre as punições penais em matéria de liberdade de expressão.

Ao se iniciar no Chile o processo destinado a proibir a exibição do filme, através de um recurso de proteção interposto por sete advogados invocando a representação da Igreja Católica e de Jesus Cristo, decidiu intervir por várias razões: parecia-lhe “tremendamente grave” que alguém se atribuísse a representação da Igreja Católica e de Jesus Cristo, pretendendo que se proibisse a exibição de um filme; seria julgado ou decidido algo determinante para a liberdade de expressão no Chile, já que se estabeleceria um precedente na matéria; considerava importante que os tribunais chilenos, ao decidir o caso, tivessem especial conhecimento das regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicáveis ao caso; e lhe parecia especialmente grave que a liberdade de expressão em matéria artística fosse violada.

A sentença que proibiu a exibição do filme lhe causou prejuízos diretos e indiretos. Embora não seja um fato imputável ao Estado, como consequência de sua intervenção profissional no caso, terminou sua carreira acadêmica na Universidade Católica, já que afirmou-se que esta participação era incompatível com o desempenho das funções acadêmicas. Parece-lhe sumamente grave o fato de que os tribunais chilenos não fizeram referência à Convenção Americana ou ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O fato de que o filme tenha sido proibido lhe causou um grave dano, devido a suas atividades acadêmicas e por seus interesses profissionais em matéria de liberdade de expressão, já que atualmente dá aulas sobre liberdade de expressão na Escola de Jornalismo da Universidade do Chile e tem contatos com acadêmicos de outros países. Foi-lhe causado um prejuízo como cidadão ao ser impedido de ter acesso a um filme de caráter artístico e com um conteúdo aparentemente religioso. Em consequência, foi-lhe

privada a possibilidade de ter elementos de juízo, de formar uma opinião, de ter acesso à informação que para ele era relevante. Finalmente, como não é católico, considera que foi violado seu direito de consciência, já que um grupo de pessoas de uma determinada religião pretendeu impor uma visão própria sobre o que podiam ver os demais cidadãos.

b. Testemunho de Matías Insunza Tagle, suposta vítima no caso

Quando se impôs a censura ao filme "A Última Tentação de Cristo" cursava o quarto ano de direito na Universidade do Chile e tinha um cargo de representação estudantil. Não viu o filme "A Última Tentação de Cristo" devido à sentença da Corte Suprema do Chile.

Ao se iniciar no Chile o processo destinado a proibir a exibição do filme, através de um recurso de proteção, dois motivos o levaram a intervir neste processo. Um motivo foi pessoal, que era o fato de que um grupo de advogados pretendia, através da interposição de um recurso de proteção, impedir o acesso à informação. Outro motivo foi o fato de ter tido um cargo estudantil, já que a Universidade em que estudava era pública e tolerante, aberta a distintas ideias e expressões, o que o incentivou a ser parte no recurso de proteção para impedir que a exibição do filme fosse censurada.

A sentença que proibiu a exibição do filme lhe causou um prejuízo moral e um dano quanto a seu desenvolvimento intelectual, porque através da censura imposta foi impedido de ter acesso à informação fundamental para poder formar uma opinião fundamentada em argumentos sólidos e não em preconceitos. Por sua formação e por ser estudante de direito, precisa ter uma opinião fundamentada em argumentos jurídicos e em "argumentos de cidadão". Sua capacidade de desenvolvimento intelectual para participar no debate público foi restringida.

Foi afetada sua liberdade de consciência pela impossibilidade de ter acesso à informação, bem como de pensar de determinada maneira e de se criar, manter ou modificar suas próprias ideias e convicções sobre um tema. Foi-lhe privada a possibilidade de crescer intelectualmente, de se desenvolver.

c. Perícia de José Zalaquett Daher, advogado especialista em direitos humanos

A proteção da liberdade de expressão no Chile à luz do Direito Internacional tem duas etapas. A primeira é a anterior à ratificação da Convenção Americana por parte do Estado chileno, durante a qual existiam na legislação graves deficiências sobre os padrões internacionais. A segunda etapa se dá a partir do momento em que se ratifica a Convenção Americana, já que é quando se incorporam ao direito interno os padrões estabelecidos neste tratado.

O direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a restrições, as quais devem respeitar certos limites.

O artigo 19, inciso 12, da Constituição Política do Chile diz que a lei estabelecerá um sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e o

artigo 60 da mesma diz que apenas são matéria de lei os assuntos que a Constituição expressamente lhe atribui. Se for considerado que as regras da Convenção e os direitos nela regulamentados têm categoria constitucional, este tratado teria modificado o artigo 19, inciso 12, da Constituição chilena, no sentido de que o sistema de censura apenas poderia se referir à qualificação de espetáculos públicos para o efeito da proteção de menores e adolescentes. Se for demonstrado que a Convenção e os direitos nela regulamentados apenas têm força de lei, ainda assim a Constituição deveria se remeter a essa lei (a Convenção) na hora de estabelecer o sistema de censura. Além disso, é uma lei posterior ao Decreto-Lei nº 679 de 1974, o qual estabelece a obrigação do Conselho de Censura Cinematográfica “de rejeitar filmes por [várias] causas”.

Quanto ao papel dos tribunais chilenos sobre a liberdade de expressão, houveram decisões em relação à censura cinematográfica. Os argumentos da Corte Suprema para estabelecer a censura se relacionam com uma possível colisão de direitos, já que ao distinguir entre a aparente e possível colisão entre o direito à privacidade ou à honra e o direito à liberdade de expressão, em caso de dúvida tende a favorecer a restrição e não a liberdade. Além disso, a proteção da honra, via cautelar, apesar de se tratar de uma medida permanente, considerase que não constitui uma medida de censura. A sentença da Corte de Apelações de Santiago de 20 de janeiro de 1997, estabeleceu que a proteção cautelar não é censura, apesar de que se estenda indefinidamente.

Opina, a respeito dos fundamentos da decisão da Corte Suprema do Chile no presente caso, que esta utilizou indevidamente remédios legais e regras de direito substantivo para propósitos para os quais não estão estabelecidos. Ao estabelecer que a honra da pessoa de Jesus Cristo foi violada por uma determinada interpretação artística ou filosófica e que isso afeta a dignidade e a liberdade de se autodeterminar, de acordo com as crenças e valores da pessoa, está incorrendo em confusões que supõem que não está regulando adequadamente o possível conflito de direitos. Apesar de que a muitos o filme seja chocante e, para outros, ilustrativo e edificante, não cabe qualificá-lo como blasfêmia. O perito considera que a Corte Suprema decidiu reprimir por blasfemas, ou ao menos por heréticas, as expressões utilizadas no filme, já que na opinião daquela Corte eram chocantes. Entretanto, não podendo reprimir estas expressões, a Corte Suprema encontrou uma forma indireta de fazê-lo, a qual viola o sentido racional de conflito de direito e de fundamento judicial. A blasfêmia, a qual se distingue da heresia, supõe uma humilhação ou ridicularização de figuras ou crenças religiosas sem que haja um propósito de reflexão artística, de contribuição a um debate.

Quanto à liberdade de consciência, neste caso se está falando da liberdade de crença, de consciência e de religião em dois sentidos: um que coincide com a liberdade de expressão, e outro que supõe a liberdade de buscar e receber informação. Como existe a liberdade de se formar uma opinião ou crença religiosa e de mudá-la, é instrumental poder receber e buscar informação, do contrário a pessoa não teria acesso a todas as correntes de informação e, portanto, não se poderia valer delas para manter uma crença, para mudá-la, combatê-la ou discuti-la com outros. Nesse sentido restringido, acredita que se pode afirmar que a decisão da Corte Suprema viola o artigo 12 da Convenção.

A respeito da reforma da legislação constitucional, é evidente a boa-fé do Estado do Chile. Também é evidente que a justiça chilena faz caso omissivo do Direito Internacional, devido a vários fatores: em razão do direito nacional e sua suposta supremacia, e do aumento de trabalho e da consequente dificuldade para estudar um novo direito. Reformar as leis ou aprovar uma lei para cada ocasião em que a Corte Suprema ignore a ocorrência de uma derrogação tácita pode ser contraproducente para o ordenamento interno, já que se demonstraria que as regras de pleno direito autoaplicáveis (*self executing*) não possuem vigência nesse âmbito. A reforma mais importante seria aquela que recordasse ao Poder Judiciário, de maneira imperativa, que existe a incorporação de pleno direito. Se esta reforma fosse feita conjuntamente com a reforma ao artigo 19, inciso 12, da Constituição Política, ambas teriam melhor efeito.

Sobre o caráter autoaplicável (*self executing character*) das regras internacionais no direito interno, aquelas regras que estabelecem um mandado de tipificação e as de caráter programático não são autoaplicáveis (*self executing*); entretanto, as que estabelecem um direito subjetivo, afirmando um direito e limitando suas restrições, são autoaplicáveis (*self executing*). Afirmou que um exemplo da prática dos tribunais chilenos de aplicabilidade direta (*self execution*) de regras dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Chile é o caso da regra que proíbe a prisão por dívidas.

Qualquer um dos poderes do Estado pode gerar sua responsabilidade internacional. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos consagrados na Convenção é cumprida pelo Chile ao incorporar este tratado de pleno direito a seu direito interno. Entretanto, devido à falta de uma interpretação adequada deste tratado por parte do Poder Judiciário, é possível entender que há uma obrigação adicional do Poder Legislativo de garantir esta interpretação. Esta se cumprirá através da legislação interna que indique que o Direito Internacional deve entender-se incorporado ao direito interno. Esta obrigação de garantir, se for cumprida, pode ter um efeito na reparação, mas não na responsabilidade jurídica. Em sua opinião, a reforma do artigo 19, inciso 12, da Constituição Política chilena não é eficaz porque não produzirá o efeito de impedir que o Poder Judiciário, via cautelar permanente, imponha a censura cinematográfica, de livros ou de outra manifestação artística. Além disso, a reforma proposta "inclui um elemento que distorce os critérios internacionais", como a agravante que se incorpora ao Código Penal relativa ao cometimento de um crime quando este se executa "em desprezo ou ofensa à autoridade pública."

O Conselho de Censura Cinematográfica proibiu vários filmes. Em alguns casos revisou as qualificações e permitiu a exibição dos filmes que havia censurado.

Basear-se no direito à honra para proibir a exibição do filme é "uma utilização indireta e indevida de instituições no meio jurídico pensadas para outras situações, a fim de se ajustar aos sentimentos da Corte". A sentença, ao afirmar que a honra se identifica com a capacidade de se autodeterminar, de acordo com os valores e crenças da pessoa, está confundindo ao menos a honra com a liberdade de crença que é a religião.

d. Perícia de Humberto Nogueira Alcalá, advogado especialista em Direito Constitucional

A Constituição Política chilena não estabelece nenhuma regra sobre a hierarquia do Direito Internacional convencional e do Direito Internacional consuetudinário em relação ao direito interno e apenas estabelece o sistema de incorporação e aplicabilidade do Direito Internacional convencional ao direito interno. Os artigos 32, inciso 17 e 50, inciso 1º, da Constituição Política, afirmam que o Presidente da República negocia e assina os tratados, o 12º Congresso os aprova ou rejeita sem poder introduzir modificações e, posteriormente, o Presidente da República os ratifica. O ordenamento jurídico chileno, aplicado de boa-fé e de acordo com os critérios hermenêuticos que correspondem, reconheceu a primazia do Direito Internacional sobre o direito interno quando ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o que ocorreu antes de que a Constituição Política entrasse em vigência. Em consequência, em caso de conflitos normativos entre o direito interno e o Direito Internacional, o Chile está obrigado a fazer prevalecer a regra de Direito Internacional.

Quanto à recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico chileno como limitação da soberania, o texto da Constituição Política de 1980, em seu artigo 5 inciso 1º, estabelecia que soberania na Nação e o seu exercício residia no povo e nas autoridades constituídas, de acordo com o sistema constitucional. O inciso 2º deste artigo estabelecia, como limite à soberania, os direitos fundamentais que emanam da natureza humana. No processo de transição do regime autoritário ao democrático foram realizadas 54 reformas constitucionais, e uma delas foi no inciso 2º do artigo 5, ao acrescentar a seguinte frase “que os órgãos do Estado devem respeitar e promover os direitos contidos na Constituição Política, como também nos tratados internacionais ratificados pelo Chile e vigentes”. Com esta frase se consolida a perspectiva de que os direitos essenciais da pessoa humana constituem, dentro do sistema jurídico chileno, um sistema de dupla fonte: uma de caráter interna – a Constituição Política – e outra de caráter internacional que incorpora ao ordenamento jurídico chileno, pelo menos, os direitos contidos nos tratados que o Estado ratificou livre, voluntária e espontaneamente. Isto implica que o bloco de constitucionalidade está integrado pelos direitos contidos nos tratados e pelos direitos consagrados na própria Constituição Política.

As Cortes superiores chilenas, em matéria de prisão preventiva, aceitaram a inexistência da prisão por dívidas, de acordo com a Convenção Americana. Também afirmaram que não pode haver interrogatório sob tortura, invocando as disposições da Convenção. Entretanto, isto é excepcional, já que há matérias nas quais os tribunais chilenos e a Corte Suprema ignoram o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, quando estão em jogo dois direitos, como o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, fazem primar o direito à honra. Há uma política sistemática neste sentido.

A fonte do direito à liberdade de expressão é o artigo 19, inciso 12, da Constituição Política chilena, o qual deve ser complementado pelo artigo 13 da Convenção, o que implica que, no Chile, esta liberdade compreenda a liberdade de expressão e a de informação. Além disso, a liberdade de expressão proíbe todo tipo

de censura e apenas permite as restrições ulteriores, exceto no caso dos espetáculos públicos a respeito dos quais se estabelece uma exceção para proteger a moral da infância e do adolescente. Uma segunda exceção poderia ser em casos de Estados de emergência, já que, de acordo com o artigo 27 da Convenção, é permitido suspender temporariamente o exercício da liberdade de expressão.

O inciso final do artigo 19, inciso 12, da Constituição Política estabelece um sistema de censura cinematográfica, a qual se traduziu em uma normativa de categoria legal que estabelece um Conselho de Qualificação Cinematográfica, o qual pode rejeitar a exibição de obras cinematográficas para adultos. Além disso, há regras da Lei de Segurança Interior do Estado, do Código Penal e do Código de Justiça Militar que também permitem "confiscar" preventivamente a edição completa de vários tipos de obras e impedir sua circulação e difusão. Não é apenas um problema normativo, é fundamental a opinião jurisprudencial dos tribunais superiores chilenos ao fazer preponderar o direito à honra frente à liberdade de expressão, violando clara e evidentemente o parágrafo segundo do artigo 13 da Convenção.

O princípio que diz que deve reger a regra mais favorável ao exercício dos direitos deveria se aplicar inclusive em matéria de liberdade de expressão. A Corte Suprema de Justiça e a Corte de Apelações de Santiago não necessitam que se modifique o artigo 19, inciso 12, da Constituição Política para fazer prevalecer o artigo 13, parágrafo 2º, da Convenção Americana sobre as disposições de direito interno, mas deveriam aplicar diretamente o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, isto é, "o princípio hermenêutico daquela regra que melhor favorece o exercício do direito e também a opinião de delimitação do direito".

e. Perícia de Juan Agustín Figueroa Yávar, advogado especialista em Direito Processual

De acordo com a Convenção Americana, a sentença que profira a Corte Interamericana tem efeito vinculante. Com base no artigo 62 da Convenção, incisos 1 e 2, os Estados Parte podem reconhecer incondicionalmente a jurisdição do Tribunal ou podem estabelecer reservas. Por sua vez, o Chile depositou o documento de ratificação em 21 de agosto de 1990 e afirmou que reconhecia como obrigatória, de pleno direito, a competência da Corte Interamericana a respeito dos casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana, de acordo com o disposto no artigo 62 deste tratado. A expressão "de pleno direito" significa que o compromisso com a decisão respectiva não está condicionado a nenhuma circunstância para seu cumprimento.

A Corte Suprema do Chile declarou a preeminência do Direito Internacional sobre o direito interno. A respeito da hierarquia do Direito Internacional, um passo fundamental ocorreu em 1989, com a modificação constitucional do inciso segundo do artigo 5 da Constituição Política, que estabeleceu, quanto aos direitos essenciais, que eles não estão apenas indicados ou reconhecidos na própria Constituição, mas também nos tratados internacionais de direitos humanos.

Não há nenhuma disposição na legislação interna que possa ter preeminência e que, de alguma maneira, obste o efetivo e real cumprimento do que decida a Corte Interamericana. Os tratados internacionais se entendem incorporados ao ordenamento jurídico e a maioria da doutrina considera que se incorporam, pelo menos, no mesmo nível do ordenamento constitucional. Isto é, os tratados podem ampliar o âmbito do ordenamento constitucional e, em especial, deve-se entender a preeminência da regra internacional sobre a interna.

A jurisprudência chilena, em matéria legal, reconheceu a preeminência da Convenção sobre as regras domésticas. Por exemplo, em matéria de emissão fraudulenta de cheques, “entendeu que as regras domésticas que limitavam a liberdade provisória ao depósito anterior da quantia do respectivo documento, entendem-se derogadas pelas regras [do Pacto] de San José”; além disso, concedeu a liberdade provisória a pessoas que seriam extraditadas, invocando a regra constitucional chilena e a Convenção. Essa não foi a opinião a respeito da censura prévia, já que ao aplicar a regra constitucional que permite a censura à exibição de filmes se viola a Convenção.

O Chile afirmou que, a apresentação de um projeto de reforma constitucional é desnecessária porque, na medida em que as regras internacionais se incorporam à categoria constitucional, produzem a derrogação tácita de regras como a que permite a censura prévia, e também é contraproducente, porque ao enviar o projeto de reforma, está declarando implicitamente que para recepcionar as regras internacionais se requer um trâmite interno anterior. O projeto é também tardio porque o compromisso internacional do Estado nasceu em 1990 com a ratificação da Convenção, enquanto a reforma constitucional foi apresentada em 1997, e reativo, porque foi enviado quando já havia sido proferida a sentença de primeira instância da Corte de Apelações de Santiago.

Os chilenos têm direito a ver o filme a partir da ratificação do Pacto de San José. Se a reforma constitucional for uma lei esclarecedora ou interpretativa contribuirá a dar certeza jurídica.

f. Perícia de José Luis Cea Egaña, advogado especialista em liberdade de expressão

Conhece o projeto de reforma constitucional apresentado à Câmara de Deputados pelo Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, em 16 de abril de 1997, o qual já foi aprovado por esta Câmara. Este projeto estabelece duas modificações ao artigo 19, incisos primeiro e final, da carta fundamental. No inciso primeiro, a reforma estabelece a liberdade de emitir opiniões e de informar sem censura prévia, o que se estende às expressões de caráter cultural e artístico. No inciso final, o projeto substitui a censura prévia por um sistema de qualificação, no qual o destinatário das exibições cinematográficas escolhe se deseja ver este tipo de espetáculos, conforme o princípio de autorregulação e de liberdade. Esta reforma constitucional pode ser acompanhada de reformas à legislação complementar.

Uma vez aprovada a reforma constitucional, os chilenos e todos os habitantes do país estarão constitucional e juridicamente em situação de concorrer livremente à exibição do filme objeto de censura. Em virtude do princípio da supremacia da Constituição Política, ao aprovar a reforma constitucional, estas regras adquirem uma imperatividade imediata e direta, e as disposições atualmente vigentes, bem como as resoluções judiciais contrárias à reforma, ficam sem efeito.

Quanto à liberdade de consciência e de religião, considera que se deve atender o artigo 12 da Convenção, o qual inclui a liberdade para professar uma religião, de manifestar o culto religioso, de não ser perseguido em razão da religião professada e de mudar de religião. A liberdade de consciência está muito relacionada à liberdade de expressão. No presente caso, não se tipifica ou configura nenhuma destas condutas, razão pela qual não se violou o artigo acima mencionado.

A proposta de solução amistosa feita pelo Estado se fundamentou em três ideias fundamentais: facilitar a exibição do filme, a criação de um fundo destinado à promoção da liberdade de expressão na Ibero América e o convite ao Relator Especial sobre Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esta última ideia já foi cumprida; os pontos faltantes se devem a que, ao ser o Chile um Estado democrático de direito, regido pelo princípio de separação de funções, não se pode atropelar a competência de cada poder. Não pode o Estado facilitar a exibição do filme sem que se reforme previamente a Constituição Política. Há um contexto constitucional e democrático dentro do qual se devem desenvolver as autoridades estatais. Do contrário, o Presidente da República poderia ser imediatamente acusado de cometer o crime de desacato e poderia ser politicamente acusado perante a Câmara de Deputados por atropelar o ordenamento jurídico chileno.

Censura prévia é todo impedimento ilegítimo ao exercício da liberdade de expressão em sua cobertura ou sentido genérico ou amplo. Entretanto, nem todo impedimento ao exercício à liberdade de expressão pode ser qualificado de censura. Todo impedimento ilegítimo à liberdade de expressão é contrário ao Estado de direito, à democracia e aos direitos humanos. Quando o Poder Judiciário proíbe, preventivamente, a circulação de um livro ou a exibição de um filme porque ferem a honra de determinadas pessoas, incorre em um ato flagrante de censura. Qualquer opinião que fere a honra de uma pessoa não constitui um exercício ilegítimo da liberdade de expressão. O exercício da "comissão cautelar" não constitui um impedimento legítimo a que se publiquem panfletos, folhetins ou obras que possam ferir de maneira irreversível ou insanável a honra de um ser humano. Os tribunais de justiça chilenos, em muitos casos, ignoram os últimos avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O artigo 5, inciso 2º, da Constituição foi reformado por vontade do poder constituinte em um plebiscito, em 1989, no sentido de que os direitos fundamentais reconhecidos na Convenção e nos demais tratados internacionais ratificados pelo Chile, e vigentes neste país, e as garantias e recursos processuais destinados a dar eficácia à proteção destes direitos, constituem disposições de direito e garantias de hierarquia constitucional. Agora, o Preâmbulo da Convenção diz que a proteção

internacional deve ser entendida em termos coadjuvantes ou complementares; estes são os mesmos termos utilizados no ordenamento constitucional e jurídico chileno. Em consequência, existe a subsidiariedade, em virtude da qual uma vez esgotada a jurisdição interna pode-se recorrer à Corte Interamericana.

Em uma sociedade pluralista como a chilena, os tribunais são independentes e há setores da profissão jurídica ou da magistratura que têm uma visão do ordenamento jurídico que os leva a sustentar que, invocando outras garantias constitucionais como as do artigo 19, inciso 4º, da Constituição Política, atinente à honra e à intimidade, podem ser realizadas proibições. A magistratura chilena é extremamente legalista.

O Chile não violou os artigos 12, 13, 1.1 e 2 da Convenção, já que o fato de que a magistratura tenha proferido sentenças contrárias a estes artigos não basta para sustentar que o Estado violou a Convenção. A Convenção deve ser interpretada e aplicada de acordo com seu artigo 30, já que não basta um fato que teórica ou doutrinariamente possa tipificar ou configurar a infração de uma regra ou preceito, mas é indispensável prestar atenção ao contexto de uma ordem democrática pluralista com separação de poderes e o objetivo da disposição.

O princípio do Direito Internacional, de acordo com o qual o Estado é responsável pelos atos dos órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, é um princípio não convencional que está reunido e deve ser acatado em virtude do *jus cogens*. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados reconhece que um Estado Parte não pode invocar disposições de seu direito interno para deixar sem efeito o cumprimento dos tratados internacionais. No presente caso, o Chile não está alegando seu direito interno para deixar de cumprir as disposições da Convenção Americana. Os textos positivos incluem as regras internacionais, mas, lamentavelmente, há setores da profissão e da magistratura chilena que não recepcionaram essa situação.

g. Perícia de Francisco Cumplido, advogado especialista em Direito Constitucional e Direito Político

Assessorou o Governo do Chile e o Congresso Nacional nas reformas constitucionais desde 1963 até 1973 e desde 1990 até a presente data. No procedimento de reforma constitucional participam, como poder constituinte derivado, o Presidente da República, a Câmara de Deputados e o Senado e este é regido pelas regras ordinárias da tramitação das reformas do Poder Legislativo.

A Constituição Política de 1980, reformada em 1989, simplificou o procedimento de reforma constitucional, mas este, em todo caso, requer, para determinadas matérias, maiorias da Câmara de Deputados e do Senado. Por regra geral se requerem três quintos dos Deputados e Senadores em exercício para adotar uma reforma constitucional, mas há casos em que se requerem dois terços. Se não há acordo entre as Câmaras, há um terceiro trâmite e se o desacordo persistir, o trâmite pode passar a uma comissão mista. Algumas reformas levaram dois anos, outras sete anos. Há casos que têm uma

longa tramitação. Na grande maioria de reformas constitucionais foram necessárias a negociação e o acordo, através da integração das maiorias políticas.

O projeto de reforma constitucional, através do qual se suprime a censura cinematográfica, foi enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle em 15 de abril de 1997 e já foi aprovado no primeiro trâmite constitucional pela Câmara de Deputados. Este prazo de menos de três anos é plenamente normal. É muito provável que o Senado introduza modificações ao projeto, com o fim de adequá-lo ao disposto na Convenção Americana, a respeito da proteção dos menores e com o fim de adequar a Constituição Política aos tratados internacionais ratificados e vigentes no Chile.

Até 1980 havia o precedente de não declarar a urgência dos projetos. A partir de 1980, em virtude do número de projetos de reformas constitucionais e legais que exigiam a transição e a consolidação do processo democrático, o Governo teve de utilizar as declarações de urgência. A urgência é de três tipos: "simples urgência", que implica que em 30 dias cada Casa deve despachar o projeto; "suma urgência", cujo prazo é de 10 dias, e "discussão imediata", que se deve despachar em três dias em cada Casa. O Governo do Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle declarou a urgência do projeto de reforma constitucional do artigo 19, inciso 12, em discussão imediata, de maneira que deveria ser despachado pelo Senado em três dias. Esta urgência foi declarada a partir do momento em que existia a possibilidade real de que se conseguisse a aprovação da reforma constitucional. Agora, se o Senado introduzir modificações, volta à Câmara de Deputados com a urgência de discussão imediata e esta Câmara terá de se pronunciar, em terceiro trâmite, em três dias. Se houver desacordo, não haverá reforma constitucional e, se houver acordo, haverá reforma constitucional e o projeto é encaminhado ao Presidente da República para que este o sancione ou o vete, e, se houver veto, a Câmara e o Senado podem insistir em suas propostas, caso no qual o Presidente pode convocar a população a um plebiscito. Além disso, terá de enviar os projetos de lei necessários para fazer aplicável esta reforma no relacionado ao decreto-lei sobre censura cinematográfica e à lei sobre televisão.

Evidenciou-se a necessidade de uma reforma constitucional quando a Corte de Apelações acolheu um recurso de proteção proibindo a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo". Quis-se, então, decidir o problema da interpretação da Corte de Apelações e da Corte Suprema e, além disso, poder cumprir a Convenção Americana e a Convenção sobre os Direitos da Criança a respeito da proteção de menores. Devido a que os Governos dos Presidentes Patricio Aylwin e Eduardo Frei Ruiz-Tagle não compartilhavam os fundamentos das decisões dos tribunais chilenos, encontravam-se na necessidade de decidir essa situação dentro da margem da Constituição Política e o único caminho era através do envio de um projeto de reforma constitucional, já que, uma vez aprovado, daria certeza jurídica e seria exigível a todos os órgãos do Estado.

Uma vez aprovada a reforma constitucional, inquestionavelmente os chilenos maiores de idade poderão assistir ao filme "A Última Tentação de Cristo".

O recurso de proteção produz coisa julgada relativa, de modo que uma via que poderia ter existido seria demandar internamente o Estado e recorrer a uma

“inaplicabilidade por inconstitucionalidade” se for considerado que o decreto-lei de censura cinematográfica era inconstitucional por contrair o artigo 19, inciso 12, da Constituição Política ou a Convenção Americana.

O problema suscitado com a Corte Suprema se deve a um problema de interpretação, na medida em que aplicou preferencialmente o direito à honra frente à liberdade de opinião, seguindo algumas tendências de tribunais estrangeiros e a doutrina que distingue entre direitos humanos que correspondem à dignidade da pessoa, como os direitos à vida, à honra, à intimidade, e os direitos humanos de meio, como a liberdade de opinião e de informação.

Na reforma constitucional de 1989, optou-se por não apresentar modificações a todos os artigos da Constituição Política de 1980 que implicassem dar uma maior extensão aos direitos humanos nela consagrados e o que se fez foi estabelecer uma regra vinculante para todos os órgãos do Estado (artigo 5, inciso 2º) que exigisse a garantia e proteção de todos os direitos humanos garantidos na própria Constituição Política e nos tratados de direitos fundamentais da pessoa humana, ratificados e vigentes no Chile. Exceto a adequação sobre os espetáculos artísticos, que vai além da Convenção Americana, foi aceita a proposta de que deveriam ser considerados incorporados à Constituição os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais aprovados pelo Chile e vigentes. Permaneceu vigente a censura cinematográfica e foi suprimida a possibilidade de determinar regras a respeito da expressão pública de outras atividades artísticas. Se havia uma contradição entre um direito estabelecido na Constituição e um direito estabelecido em um tratado internacional, arguiu-se que, nesse caso, corresponderia aos tribunais decidir. Naquele momento se pensou que os tribunais aplicariam os princípios geralmente aceitos de Direito Internacional. Não está de acordo com a interpretação da Corte Suprema, mas, legitimamente, esta tinha o direito de fazer a interpretação.

A modificação da Constituição Política, quanto aos direitos essenciais incluídos no artigo 19 inciso 12, produzir-se-ia automaticamente em virtude do artigo 5, inciso 2º da mesma, exceto se houvesse uma lei ou modificação constitucional que necessariamente resultasse indispensável para dar cumprimento ao tratado. Esta posição não é uniformemente aceita.

A via administrativa se esgota com a intervenção de todos os órgãos do Estado e não apenas com a sentença da Corte Suprema. Não se esgotou a via interna na medida em que o Presidente da República enviou um projeto de reforma constitucional para fazer cumprir a interpretação correspondente à ideia que o Legislativo e o Executivo têm sobre a matéria e, apesar de que a reforma não seja um recurso judicial, é um recurso dentro do Estado. Então, baseado no princípio de subsidiariedade, em aplicação do qual se o Presidente da República fez uso do recurso de reforma constitucional, não procede ainda a justiça internacional.

O Estado deve cumprir a sentença que profira a Corte Interamericana de acordo com a Constituição e as leis. Se o Presidente da República ordenasse, sem

reforma constitucional, a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", o qual havia sido proibido, estaria violando o artigo 73 da Constituição Política, que proíbe ao Presidente da República e ao Congresso Nacional assumir causas pendentes, fazer reviver processos concluídos e se pronunciar sobre os fundamentos das sentenças. Ou seja, poderia ser acusado de violar a Constituição Política do Chile.

VI APRECIÇÃO DA PROVA

46. Para proceder a avaliar a prova apresentada no presente caso, primeiro deve-se analisar se esta foi apresentada no momento processual oportuno. A este respeito, o artigo 43 do Regulamento afirma que

[a]s provas apresentadas pelas partes só serão admitidas caso sejam oferecidas na demanda e em sua contestação[.] Excepcionalmente, a Corte poderá admitir uma prova se alguma das partes alegar força maior, um impedimento grave ou fatos ocorridos em momento distinto dos anteriormente assinalados, desde que se assegure à parte contrária o direito de defesa.

47. Neste caso, a Comissão apresentou a prova em sua demanda, portanto foi apresentada oportunamente. Quanto ao Estado, este não apresentou nenhuma prova, já que seu escrito de contestação da demanda foi recusado pela Corte por ter sido apresentado extemporaneamente (par. 24, 30 e 43 *supra*).

48. Antes do exame das provas que formam os autos do presente caso, a Corte deve definir os critérios que utilizará para tal fim.

49. Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração o contexto dentro do qual se enquadra o processo perante um tribunal internacional de direitos humanos, o qual é mais flexível e menos formal que o processo no direito interno.

50. A Corte salientou que os critérios de apreciação da prova perante um tribunal internacional de direitos humanos têm maior amplitude, pois a determinação da responsabilidade internacional de um Estado por violação de direitos da pessoa permite ao tribunal uma maior flexibilidade na apreciação da prova oferecida perante si, sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.⁴

51. Meras formalidades não podem sacrificar a justiça que se pretende obter ao recorrer a um sistema processual, sem que, por isso, se deixe de velar pela segurança jurídica e o equilíbrio processual das partes.

⁴ Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 46. 5 Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 4 *supra*, par. 48.

52. Cabe destacar que, neste caso, o Estado não apresentou nenhum tipo de prova nas oportunidades processuais indicadas no artigo 43 do Regulamento. Durante a audiência pública sobre o mérito do caso, o Chile concentrou sua defesa no argumento de que havia apresentado um projeto de reforma ao artigo 19, inciso 12, da Constituição Política, com o objetivo de modificar, por meio de seus órgãos competentes, a regra do direito interno que compromete suas obrigações internacionais, e no fato de que todo o petitório da Comissão, em sua demanda, está incluído na aprovação da reforma constitucional, exceto o que diz respeito às reparações.

53. A este respeito, a Corte considera, como já fez em outros casos, que quando o Estado não contesta a demanda de maneira específica, presumem-se verdadeiros os fatos sobre os quais guardou silêncio, sempre que das provas apresentadas se possam inferir conclusões consistentes sobre os mesmos.⁵

54. Em seguida, a Corte apreciará o valor dos documentos, testemunhos e pareceres periciais que integram o acervo probatório do presente caso, de acordo com a regra da crítica sã, a qual permitirá chegar à convicção sobre a veracidade dos fatos alegados.

55. Quanto à prova documental apresentada pela Comissão (par. 42 *supra*), a Corte concede valor aos documentos apresentados, os quais não foram controvertidos nem objetados nem sua autenticidade colocada em dúvida.

56. Em relação aos testemunhos prestados no presente caso, os quais não foram controvertidos nem objetados, a Corte os admite e lhes dá pleno valor probatório.

57. A respeito dos pareceres periciais, a Corte os admite na medida em que tenham a ver com o conhecimento dos peritos sobre o direito nacional ou comparado e sua aplicação aos fatos do presente caso.

58. A Constituição Política do Chile de 1980 é considerada útil para a resolução do presente caso, de modo que é incorporada ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 44.1 do Regulamento.⁶

59. Os anexos apresentados pela Comissão em seu escrito de 8 de janeiro de 2001 (par. 44 *supra*), em relação aos gastos incorridos, são considerados úteis para a resolução do presente caso, de modo que a Corte os incorpora ao acervo probatório, com fundamento no disposto no artigo 44.1 do Regulamento.

VII FATOS PROVADOS

60. Do exame dos documentos, da declaração das testemunhas e peritos, e das manifestações do Estado e da Comissão no curso do presente processo, esta Corte considera provados os seguintes fatos:

⁵ Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 4 *supra*, par. 48.

⁶ Cf. Constituição Política da República do Chile, publicada no Diário Oficial n° 30.798, em 24 de outubro de 1980.

- a. O artigo 19, inciso 12, da Constituição Política do Chile de 1980 estabelece um "sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica."⁷
- b. O Decreto Lei número 679, de 1º de outubro de 1974, faculta ao Conselho de Qualificação Cinematográfica orientar a exibição cinematográfica no Chile e realizar a qualificação dos filmes. O Regulamento desta lei está contido no Decreto Supremo de Educação número 376, de 30 de abril de 1975. Este Conselho de Qualificação Cinematográfica é parte do Ministério da Educação.⁸
- c. Em 29 de novembro de 1988, o Conselho de Qualificação Cinematográfica rejeitou a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", solicitada pela "United International Pictures Ltda". Esta empresa apelou da resolução do Conselho, mas a resolução foi confirmada por um tribunal de apelação, através da sentença de 14 de março de 1989.⁹
- d. Em 11 de novembro de 1996, diante de uma nova petição da "United

⁷ Cf. Constituição Política da República do Chile, publicada no Diário Oficial n° 30.798, em 24 de outubro de 1980, artigo 19 inciso 12, sétimo parágrafo modificado através da lei de reforma constitucional n° 18.825, D.O. 17-8-1989; anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrazábal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996; anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça do Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações; anexo IV: cópia de um projeto de reforma constitucional que elimina a censura cinematográfica substituindo-a por um sistema de qualificação que consagra o direito à livre criação artística e cópia da mensagem N°339-334, emitida no dia 14 de abril de 1997 pelo Presidente da República do Chile à Câmara de Deputados, como justificativa do projeto mencionado; perícia de José Zalaquett Daher prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999; perícia de Humberto Nogueira Alcalá prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999; perícia de José Luis Cea Egaña prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999; e perícia de Francisco Cumplido prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999.

⁸ Cf. anexo I: cópia do documento de qualificação emitido pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica em 11 de novembro de 1996, através do qual se informa que este Conselho revisou o filme A Última Tentação de Cristo e que o aprovou só para maiores de 18 anos; anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrazábal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996; anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça do Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações; e perícia de José Zalaquett Daher prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999.

⁹ Cf. anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrazábal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996; e anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça do Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações.

International Pictures Ltda.”, o Conselho de Qualificação Cinematográfica revisou a proibição de exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” e, em sua sessão número 244, autorizou sua exibição, por maioria de votos, para espectadores maiores de 18 anos.¹⁰

e. Ante um recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago acolheu o recurso de proteção e deixou sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada na sessão número 244, de 11 de novembro de 1996.¹¹

f. Ante de uma apelação interposta pelos senhores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes à sentença da Corte de Apelações de Santiago, de 20 de janeiro de 1997, a Corte Suprema de Justiça do Chile confirmou a sentença apelada em 17 de junho do mesmo ano.¹²

g. Em 14 de abril de 1997, o então Presidente da República, Excelentíssimo senhor Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dirigiu uma mensagem à Câmara de Deputados por meio da qual apresentou um projeto de reforma constitucional ao artigo 19, inciso 12 desta regra, que pretendia eliminar a censura cinematográfica e substituí-la por um sistema de qualificação que consagrasse o direito à livre criação artística.¹³

¹⁰ Cf. anexo I: cópia do documento de qualificação emitido pelo Conselho de Qualificação Cinematográfica em 11 de novembro de 1996, através do qual se informa que este Conselho revisou o filme *A Última Tentação de Cristo* e que o aprovou só para maiores de 18 anos; anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996; e anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça de Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações.

¹¹ Cf. anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996.

¹² Cf. anexo III: cópia da sentença de 17 de junho de 1997, proferida pela Corte Suprema de Justiça do Chile, através da qual confirma a sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações.

¹³ Cf. anexo IV: cópia de um projeto de reforma constitucional que elimina a censura cinematográfica substituindo-a por um sistema de qualificação que consagra o direito à livre criação artística e cópia da mensagem nº 339-334, emitida no dia 14 de abril de 1997 pelo Presidente da República do Chile à Câmara de Deputados, como justificativa do projeto mencionado; perícia de José Luis Cea Egaña prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999; e perícia de Francisco Cumplido prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999.

h. Em 17 de novembro de 1999, a Câmara de Deputados aprovou, por 86 votos a favor, sem votos contrários e com seis abstenções, o projeto de reforma constitucional dirigido a eliminar a censura prévia na exibição e publicidade da produção cinematográfica.¹⁴

i. Até 5 de fevereiro de 2001, data em que foi proferida a presente Sentença, o projeto de reforma constitucional não havia completado os trâmites para sua aprovação.

j. Produto dos fatos do presente caso, as vítimas e seus representantes apresentaram elementos para comprovar gastos na tramitação dos diferentes processos internos e internacionais, e a Corte se reservou a atribuição de avaliá-los.¹⁵

VIII

ARTIGO 13

LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

Alegações da Comissão

61. Quanto ao artigo 13 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a. o artigo 19, inciso 12, da Constituição Política do Chile permite a censura na exibição e publicidade de produções cinematográficas. Além disso, o Poder Executivo, através do Conselho de Qualificação Cinematográfica, estabeleceu censura à exibição de filmes em múltiplas oportunidades. Nesse sentido, o Poder Judiciário privilegiou o direito à honra em detrimento da liberdade de expressão;

b. a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" por parte da Corte de Apelações de Santiago, ratificada pela Corte Suprema de Justiça, viola o artigo 13 da Convenção, já que este afirma que o exercício da liberdade de pensamento e de expressão não pode estar sujeito à censura prévia. Além disso, o objetivo desta regra é proteger e fomentar o acesso à informação, às ideias e expressões artísticas de toda natureza e fortalecer a democracia pluralista;

c. o dever de não interferir no desfrute do direito de acesso à informação de todo tipo se estende "à circulação de informação

¹⁴ Cf. perícia de José Luis Cea Egaña prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999; e perícia de Francisco Cumplido prestada perante a Corte Interamericana em 18 de novembro de 1999.

¹⁵ Cf. fatura n° 004526 do Hotel Jade, emitida em 19 de novembro de 1999, em nome do senhor José Zalaquett; fatura n° 004540 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome da "Asoc. De Abogados por las Libe"; fatura n° 004541 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome da "Asoc. de Abogados por las Libe"; fatura n° 004542 do Hotel Jade, emitida em 20 de novembro de 1999, em nome da "Asoc. de Abogados por las Libe"; e fatura n° 0115909 de Aeromar Agência de Viagens Limitada, emitida em 16 de novembro de 1999, em nome da "Asoc. de Abogados por las Libertades Públicas."

e à exibição de obras artísticas que possam não contar com o beneplácito pessoal de quem representa a autoridade estatal em um dado momento”;

d. há três mecanismos alternativos através dos quais se podem impor restrições ao exercício da liberdade de expressão: as responsabilidades ulteriores, a regulação do acesso dos menores aos espetáculos públicos e a obrigação de impedir a apologia do ódio religioso. Estas restrições não podem ir além do estabelecido no artigo 13 da Convenção e não podem ser aplicadas, exceto conforme leis aprovadas por razões de interesse geral e com o propósito para o qual foram estabelecidas, tal e como o estabelece o artigo 30 da Convenção;

e. as responsabilidades ulteriores estão regulamentadas no artigo 13.2 da Convenção e apenas procedem, de maneira restringida, quando for necessário para assegurar o respeito dos direitos ou a reputação de outros. Esta restrição da possibilidade de estabelecer responsabilidades ulteriores se dispõe como “garantia da liberdade de pensamento, evitando que determinadas pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão fiquem, *a priori*, excluídos do debate público”. Neste caso, não se utilizou este tipo de restrição, mas a obra cinematográfica foi censurada de forma anterior à sua exibição;

f. os espetáculos públicos podem ser submetidos pela lei a qualificação com o objetivo de regular o acesso dos menores de idade, tal e como afirma o artigo 13.4 da Convenção. No presente caso, o Conselho de Qualificação Cinematográfica permitiu o acesso do filme aos maiores de 18 anos. Entretanto, com posterioridade a esta qualificação, os tribunais internos proibiram categoricamente sua exibição;

g. o artigo 13.5 da Convenção estabelece a obrigação positiva do Estado de evitar a disseminação de informação que possa gerar ações ilegais. Este caso não se enquadra dentro deste suposto, já que a versão cinematográfica de Martin Scorsese foi definida como obra artística de conteúdo religioso sem pretensões propagandísticas. Além disso, no curso do processo perante os tribunais locais e durante o trâmite perante a Comissão, nunca foi invocada a exceção estabelecida neste artigo. Além disso, este inciso 5 do artigo 13 deve-se entender dentro do princípio estabelecido no inciso 1 do mesmo artigo, isto é, que “quem realize apologia ao ódio religioso deve estar sujeito a responsabilidades ulteriores conforme a lei”;

h. a censura prévia imposta ao filme “A Última Tentação de Cristo” não ocorreu no contexto das restrições ou motivações previstas na Convenção. A rejeição à exibição do filme se fundamentou em que,

supostamente, seria ofensiva à figura de Jesus Cristo e, portanto, afetaria quem peticionou perante a Justiça, os crentes e "demais pessoas que o consideram como seu modelo de vida". A proibição da projeção do filme foi baseada na suposta defesa do direito à honra, à reputação de Jesus Cristo;

i. a honra dos indivíduos deve ser protegida sem prejudicar o exercício da liberdade de expressão e do direito de receber informação. Além disso, o artigo 14 da Convenção prevê que toda pessoa afetada por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo tem direito de realizar, através do mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta;

j. não há controvérsia quanto à violação desta regra, já que o Chile manifestou que a sentença da Corte de Apelações de Santiago, ratificada pela Corte Suprema de Justiça, constitui uma violação à liberdade de expressão;

k. da declaração oferecida pelos peritos perante a Corte se demonstrou a existência de uma conduta reiterada que consiste em que, diante de casos nos quais se observa uma tensão entre a liberdade de expressão e o direito à honra de determinadas pessoas, os tribunais chilenos preferem a restrição à liberdade de expressão, o que viola o princípio de indivisibilidade dos direitos humanos;

l. o Estado é responsável pelos atos do Poder Judiciário ainda nos casos em que atue além de sua autoridade, independentemente da postura de seus outros órgãos; embora, internamente, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam distintos e independentes, todos eles formam uma unidade indivisível e, por isso, o Estado deve assumir a responsabilidade internacional pelos atos dos órgãos do poder público que transgridem os compromissos internacionais;

m. o ordenamento jurídico vigente no Chile incorporou, de pleno direito, os direitos e liberdades consagrados na Convenção no artigo 5, inciso 2º da Constituição Política. Isto é, existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos sem necessidade de modificação legal ou constitucional. Além disso, os tribunais chilenos têm aplicado a Convenção em relação aos direitos nela contemplados sem necessidade de modificação legal ou constitucional; por exemplo, deu-se preferência à liberdade pessoal sobre as leis internas que regulamentam a prisão preventiva no crime de emissão fraudulenta de cheques; e

n. uma eventual reforma da Constituição Política em matéria de liberdade de expressão não faria desaparecer com efeito retroativo as violações aos direitos humanos das supostas vítimas perpetradas pelo Estado no presente caso.

Alegações do Estado

62. Por sua vez, o Estado argumentou que:

- a. não possui discrepâncias substantivas com a Comissão; não controverte os fatos, o que não significa aceitar responsabilidade no tocante aos mesmos;
- b. o Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, em mensagem ao Congresso, indicou a posição do Governo do Chile contra a censura prévia e reconheceu que a livre expressão de ideias e criações culturais faz parte da essência de uma sociedade de homens livres dispostos a encontrar a verdade através do diálogo e da discussão e não através da imposição ou da censura. Na democracia não pode existir censura prévia, já que um sistema democrático supõe uma sociedade aberta com livre intercâmbio de opiniões, argumentos e informações;
- c. o Governo não compartilha a jurisprudência da Corte Suprema do Chile no sentido de dar preferência ao direito à honra sobre o direito à liberdade de expressão;
- d. o projeto de reforma constitucional já foi aprovado pela Câmara de Deputados. Este projeto consagra, como garantia constitucional, a liberdade de criar e difundir as artes sem censura prévia e sem prejuízo de responder pelos crimes e abusos que se cometam no exercício destas liberdades; substituiu a censura na exibição da produção cinematográfica por um sistema de qualificação desta produção; e elimina a censura na publicidade da produção cinematográfica. Esta reforma dará certeza jurídica suficiente para que as autoridades judiciais tenham as ferramentas jurídicas para decidir conforme o ordenamento interno e internacional os conflitos que forem apresentados;
- e. um ato contrário ao Direito Internacional produzido pelo Poder Judiciário pode gerar responsabilidade internacional do Estado desde que este, em seu conjunto, assumam os critérios dados pelo Poder Judiciário. Em particular se requer a aquiescência do órgão encarregado das relações internacionais, que é o Poder Executivo, o que não se dá no presente caso;
- f. o Chile não invocou o direito interno para se desvincular de uma obrigação surgida de um tratado internacional; e
- g. solicitou à Corte que declare que o Chile se encontra em um processo para que, de acordo com o artigo 2 da Convenção e seus procedimentos constitucionais, sejam adotadas as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir assim a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo".



Considerações da Corte

63. O artigo 13 da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente determinadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

64. Quanto ao conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, os que estão sob a proteção da Convenção têm não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. É por isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, a saber:

esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seu próprio

pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas implica também, além disso, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio.¹⁶

65. Sobre a primeira dimensão do direito consagrado no artigo mencionado, a individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, mas compreende, além disso, inseparavelmente, o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários. Nesse sentido, a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa, diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente.

66. Com respeito à segunda dimensão do direito consagrado no artigo 13 da Convenção, a social, é mister indicar que a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações entre as pessoas; compreende seu direito a comunicar a outras os seus pontos de vista, mas implica também o direito de todas a conhecer opiniões, relatos e notícias. Para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem os outros como o direito a difundir a própria.

67. A Corte considera que ambas as dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas de forma simultânea para dar efetividade total ao direito à liberdade de pensamento e de expressão nos termos previstos no artigo 13 da Convenção.

68. A liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta esteja suficientemente informada.

69. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que

[a] função supervisora [do Tribunal] exige [...] prestar extrema atenção aos princípios próprios de uma “sociedade democrática”. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de tal sociedade, uma das condições primordiais para seu progresso e para o desenvolvimento dos homens. O artigo 10.2 [da Convenção Europeia de Direitos Humanos]¹⁷ é válido não apenas para as informações ou ideias que são favoravelmente recebidas

¹⁶ *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A N° 5, par. 30.

¹⁷ Este artigo dispõe que: 2. O exercício destas liberdades, que implicam deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a determinadas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos de terceiros, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário.

ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população. Estas são as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não existe uma 'sociedade democrática'. Isso significa que toda formalidade, condição, restrição ou punição imposta na matéria deve ser proporcional ao fim legítimo que se persegue.

Além disso, qualquer indivíduo que exerce sua liberdade de expressão assume 'deveres e responsabilidades', cujo âmbito depende de sua situação e do procedimento técnico utilizado.¹⁸

70. É importante mencionar que o artigo 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso dos espetáculos públicos, mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo à liberdade de pensamento e de expressão.

71. No presente caso, está provado que, no Chile, existe um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e que o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu, em princípio, a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" e, depois, ao requalificá-lo, permitiu sua exibição para maiores de 18 anos (par. 60 a, c e d *supra*). Posteriormente, a Corte de Apelações de Santiago tomou a decisão de deixar sem efeito a decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica em novembro de 1996, devido a um recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, "em nome de [...] Jesus Cristo, da Igreja Católica, e por si mesmos"; decisão que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Este Tribunal considera que a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" constituiu, portanto, uma censura prévia imposta em violação ao artigo 13 da Convenção.

72. Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Isto é, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No presente caso, esta foi gerada em virtude de que o artigo 19, inciso 12, da Constituição estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

¹⁸ Cf. *Eur. Court H.R., Handyside case, judgment of 7 December 1976*, Series A N° 24, par. 49; *Eur. Court H.R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979*, Series A N° 30, pars. 59 e 65; *Eur. Court H.R., Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A N° 90, par. 55; *Eur. Court H.R., Lingens judgment of 8 July 1986*, Series A N° 103, par. 41; *Eur. Court H.R Müller and Others judgment of 24 May 1988*, Series A N° 133, par. 33; e *Eur. Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994*, Series A N° 295-A, par. 49.

73. À luz de todas as considerações anteriores, a Corte declara que o Estado violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana, em detrimento dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes.

IX

ARTIGO 12

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

Alegações da Comissão

74. Quanto ao artigo 12 da Convenção, a Comissão argumentou que:

a. “a proibição do acesso a esta obra de arte com conteúdo religioso se baseia em uma série de considerações que interferem de maneira imprópria com a liberdade de consciência e [de] religião das [supostas] vítimas” e do restante dos habitantes do Chile, o que viola o artigo 12 da Convenção;

b. o reconhecimento da liberdade de consciência se fundamenta no reconhecimento próprio do ser humano como ser racional e autônomo. A proteção do direito a esta liberdade é a base do pluralismo necessário para a convivência em uma sociedade democrática que, como toda sociedade, encontra-se integrada por indivíduos de convicções e crenças variadas;

c. em conformidade com o artigo 12 da Convenção, “o Estado deve tomar as medidas necessárias e proporcionais para que as pessoas que professam publicamente suas crenças conduzam seus rituais e realizem seu proselitismo dentro dos limites que razoavelmente possam se impor em uma sociedade democrática”. Essa regra exige abstenção estatal de interferir de qualquer modo na adoção, manutenção ou mudança de convicções pessoais religiosas ou de outra natureza. O Estado não deve utilizar seu poder para proteger a consciência de certos cidadãos;

d. no presente caso, a interferência estatal não se refere ao exercício do direito a manifestar e praticar crenças religiosas, mas ao acesso à exibição qualificada – sujeita a restrições de idade e ao pagamento de um direito de entrada – da versão audiovisual de uma obra artística com conteúdo religioso; e. a interferência estatal afeta quem mantém crenças que se relacionam com o conteúdo religioso do filme “A Última Tentação de Cristo”, já que se veem impedidos de exercitar o direito à liberdade de consciência ao não poderem ver o filme e formar sua própria opinião sobre as ideias nele expressadas.

Além disso, afeta quem pertence a outros credos ou não possui convicções religiosas, já que se privilegia um credo em detrimento do livre acesso à informação do restante das pessoas que têm direito a ter acesso e formar opinião sobre a obra;

f. os órgãos do Poder Judiciário proibiram a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" baseados em que a "visão das personagens apresentada nesta obra artística não se adequa aos padrões que, em sua opinião, se deveriam ter sido levados em consideração para descrevê-los". Isso constitui uma interferência ilegítima no direito de manter ou mudar as próprias convicções ou crenças e afeta, *per se*, o direito à liberdade de consciência das pessoas supostamente prejudicadas pela proibição;

g. a Convenção não apenas estabelece o direito dos indivíduos a manter ou modificar suas crenças de caráter religioso, mas a manter ou modificar qualquer tipo de crença; e

h. em razão de que a decisão da Corte Suprema privou as supostas vítimas e a sociedade em seu conjunto do acesso à informação que lhes pudesse ter permitido manter, mudar ou modificar suas crenças, no presente caso se configura a violação do artigo 12 da Convenção. Prova disso são as declarações das testemunhas *Ciro Colombara* e *Matías Insunza*, que afirmaram a forma em que a censura afetou a liberdade de consciência de ambos.

Alegações do Estado

75. Por sua vez, o Estado argumentou que:

a. os direitos consagrados nos artigos 12 e 13 da Convenção são de natureza absolutamente autônoma;

b. as condutas que a liberdade de consciência e de religião reconhecem são as de conservar a religião, mudá-la, professá-la e divulgá-la. Nenhuma destas condutas está ameaçada ao proibir uma pessoa de assistir um filme;

c. no Chile há absoluta liberdade religiosa; e

d. solicitou à Corte que declarasse que o Chile não violou a liberdade de consciência e de religião consagrada no artigo 12 da Convenção.

• • •

Considerações da Corte

76. O artigo 12 da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

77. No presente caso, a Comissão opina que ao proibir a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, o qual é, em sua opinião, uma obra de arte com conteúdo religioso, proibição baseada em uma série de considerações que interferem de maneira imprópria na liberdade de consciência e de religião, violou-se o artigo 12 da Convenção. Por sua vez, o Estado opina que não se afetou o direito consagrado neste artigo ao considerar que, ao proibir a exibição do filme, não se violou o direito das pessoas a conservar, mudar, professar e divulgar suas religiões ou crenças. Corresponde à Corte determinar se, ao ser proibida a exibição deste filme, foi violado o artigo 12 da Convenção.

78. Na sentença da Corte de Apelações de Santiago, de 20 de janeiro de 1997, confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile em 17 de junho de 1997, afirmou-se que:

No filme, a imagem de Cristo é deformada e minimizada ao máximo. Desta maneira, o problema apresentado se refere à possibilidade de, em nome da liberdade de expressão, se desfazer as crenças sérias de uma grande quantidade de homens. A Constituição busca proteger o homem, suas instituições e suas crenças, pois estes são os elementos mais centrais da convivência e da pertinência dos seres humanos em um mundo pluralista. Pluralismo não é enlamear e destruir as crenças de outros, sejam estes maiorias ou minorias, mas assumi-las como uma contribuição à interação da sociedade em cuja base está o respeito à essência e ao contexto das ideias do outro. Ninguém duvida que a grandeza de uma nação se pode medir pelo cuidado que ela concede aos valores que lhe permitiram ser e crescer. Se

estes se descuidam [ou] se deixam menosprezar como se menospreza e deforma a imagem de Cristo, a nação periga, pois os valores em que se sustenta se ignoram. Cuidar a necessidade de informação ou de expressão tem uma estreitíssima relação com a veracidade dos fatos e, por isso, deixa de ser informação ou expressão a deformação histórica de um fato ou de uma pessoa. Por isso os julgadores acreditam que o direito de emitir opinião é o direito a qualificar uma realidade, mas nunca para deformá-la fazendo-a passar por outra.¹⁹

Foi com base nestas considerações que esta Corte de Apelações, em decisão confirmada pela Corte Suprema de Justiça, proibiu a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo".

79. Segundo o artigo 12 da Convenção, o direito à liberdade de consciência e de religião permite que as pessoas conservem, mudem, professem e divulguem sua religião ou suas crenças. Este direito é um dos fundamentos da sociedade democrática. Em sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na proteção das convicções dos crentes e em sua forma de vida. No presente caso, entretanto, não existe nenhuma prova que comprove a violação de nenhuma das liberdades consagradas no artigo 12 da Convenção. Com efeito, a Corte considera que a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" não privou ou prejudicou o direito de nenhuma pessoa a conservar, mudar, professar ou divulgar sua religião ou suas crenças com absoluta liberdade.

80. Por todo o exposto, a Corte conclui que o Estado não violou o direito à liberdade de consciência e de religião consagrado no artigo 12 da Convenção Americana.

X

DESCUMPRIMENTO DOS ARTIGOS 1.1 E 2 OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS E DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

Alegações da Comissão

81. Quanto aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, a Comissão argumentou que:
- a. o Chile não adotou "as medidas legislativas necessárias para garantir e fazer efetivo[s] os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção em relação à liberdade de expressão";
 - b. o artigo 19, inciso 12, alínea final da Constituição Política do Chile e o Decreto-Lei número 679 não se adequam aos padrões

¹⁹ Cf. anexo II: cópia da sentença de 20 de janeiro de 1997, proferida pela Corte de Apelações de Santiago, através da qual se acolhe o recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, em nome de Jesus Cristo, da Igreja Católica e por si mesmos, e deixa sem efeito a resolução administrativa do Conselho de Qualificação Cinematográfica adotada em 11 de novembro de 1996, par. 18.

do artigo 13 da Convenção, já que o primeiro permite a censura prévia na exibição e publicidade da produção cinematográfica e o segundo autoriza o Conselho de Qualificação Cinematográfica a “rejeitar” filmes. Em razão do anterior, o Estado violou o artigo 2 da Convenção;

c. o Chile deveria tomar as medidas necessárias para aprovar as regras constitucionais e legais pertinentes a fim de revogar o sistema de censura prévia sobre as produções cinematográficas e sua publicidade e, assim, adequar sua legislação interna à Convenção;

d. o Estado apresentou um projeto de reforma do artigo 19, inciso 12, alínea final da Constituição Política, com o fim de eliminar a censura cinematográfica, substituindo-a por um sistema de qualificação cinematográfica. Entretanto, como este projeto de reforma ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional, o Chile continua em violação do artigo 2 da Convenção;

e. as decisões dos tribunais de justiça geram responsabilidade internacional do Estado. Neste caso, os tribunais não levaram em consideração o afirmado na Convenção a respeito da liberdade de expressão e de consciência, mesmo quando o artigo 5 inciso 2 da Constituição Política reconhece o respeito dos direitos essenciais que emanam dos tratados internacionais ratificados pelo Chile como limite à soberania. É por isso que a sentença definitiva da Corte Suprema, ao proibir a exibição do filme, descumpriu a obrigação de adotar “as medidas de outra natureza” necessárias a fim de fazer efetivos os direitos e liberdades consagrados na Convenção;

f. embora o Estado tenha manifestado sua intenção de cumprir a norma internacional, a não derrogação de uma regra incompatível com a Convenção e a falta de adaptação das regras e comportamentos internos por parte dos poderes Legislativo e Judiciário para fazer efetivas estas regras, fazem com que o Estado viole a Convenção;

g. o Chile é responsável pela violação dos direitos protegidos nos artigos 12, 13 e 2 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma;

h. os Estados devem respeitar e garantir todos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção às pessoas sob sua jurisdição, bem como mudar ou adequar sua legislação para fazer efetivo o desfrute e o exercício destes direitos e liberdades. No presente caso, o Chile não cumpriu sua obrigação de respeitar e garantir as liberdades consagradas nos artigos 12 e 13 da Convenção.

Alegações do Estado

82. Por sua vez, o Estado argumentou que:

- a. o Direito Internacional dos Direitos Humanos é parte do ordenamento jurídico chileno;
- b. a Comissão, em seu relatório, afirmou que avalia positivamente as iniciativas do Estado dirigidas a que os órgãos competentes adotem, em conformidade com seus procedimentos constitucionais e legais vigentes, as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para fazer efetivo o direito à liberdade de expressão. É por isso que o Chile não compreende por que a Comissão se apressou a apresentar a demanda, sobretudo tendo em consideração do papel complementar dos órgãos interamericanos de direitos humanos;
- c. é o Estado que tem a obrigação de reparar o problema com os meios a seu alcance. Em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago proferiu a sentença no presente caso e o Governo, ao não se associar à solução adotada, em 14 de abril de 1997 apresentou um projeto de reforma constitucional ao Congresso. Não é possível que quando em um Estado são cometidos erros ou abusos por parte de uma autoridade e as autoridades competentes estão em um processo para repará-los, interponha-se uma demanda a um tribunal internacional, desnaturalizando a função essencial do sistema internacional;
- d. o Chile assumiu uma atitude responsável ao tentar reparar o problema através de um projeto de reforma constitucional que substitua a censura prévia da produção cinematográfica por um sistema de qualificação desta produção;
- e. um ato do Poder Judiciário contrário ao Direito Internacional pode gerar responsabilidade internacional do Estado sempre que este, em seu conjunto, assumira os critérios dados pelo Poder Judiciário. Em particular se requer a aquiescência do órgão encarregado das relações internacionais, que é o Poder Executivo, o que não se dá no presente caso;
- f. o Chile não invocou o direito interno para se desvincular de uma obrigação surgida de um tratado internacional; e
- g. finalmente, solicitou à Corte que declarasse que o Chile se encontra em um processo para que, de acordo com o artigo 2 da Convenção e seus procedimentos constitucionais, sejam adotadas as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo".



Considerações da Corte

83. O artigo 1.1 da Convenção Americana dispõe que:

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

84. Por sua vez, o artigo 2 da Convenção estabelece que:

[s]e o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

85. A Corte afirmou que o dever geral do Estado, estabelecido no artigo 2 da Convenção, inclui a adoção de medidas para suprimir as regras e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias previstas na Convenção, bem como a expedição de regras e o desenvolvimento de práticas dirigidas à observância efetiva destas garantias.²⁰

86. A Corte adverte que, de acordo com o estabelecido na presente sentença, o Estado violou o artigo 13 da Convenção Americana em detrimento dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, de modo que descumpriu o dever geral de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nesta e de garantir seu livre e pleno exercício, como estabelece o artigo 1.1 da Convenção.

87. No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial.²¹ A Convenção

²⁰ Cf. *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 137.

²¹ Cf. “*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., série

Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.

88. No presente caso, ao manter a censura cinematográfica no ordenamento jurídico chileno (artigo 19, inciso 12, da Constituição Política e Decreto-Lei número 679), o Estado está descumprindo o dever de adequar seu direito interno à Convenção de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma, como estabelecem os artigos 2 e 1.1 da Convenção.

89. Esta Corte tem presente que, em 20 de janeiro de 1997, a Corte de Apelações de Santiago proferiu sentença em relação ao presente caso, que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile em 17 de junho 1997. Por não estar de acordo com os fundamentos destas sentenças, em 14 de abril de 1997, o Governo do Chile apresentou ao Congresso um projeto de reforma constitucional para eliminar a censura cinematográfica. A Corte aprecia e destaca a importância da iniciativa do Governo de propor a mencionada reforma constitucional, porque pode conduzir a adequar o ordenamento jurídico interno ao conteúdo da Convenção Americana em matéria de liberdade de pensamento e de expressão. O Tribunal constata, entretanto, que apesar do período transcorrido a partir da apresentação do projeto de reforma ao Congresso não se adotaram ainda, conforme o previsto no artigo 2 da Convenção, as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo."

90. Em consequência, a Corte conclui que o Estado descumpriu os deveres gerais de respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção e de adequar o ordenamento jurídico interno às suas disposições, consagrados nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

XI APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1

Alegações da Comissão

91. A Comissão solicitou à Corte que dispusesse que o Estado, como consequência das violações aos artigos 12, 13, 2 e 1.1 da Convenção, deve:

1. Autorizar a normal exibição cinematográfica e publicidade do filme "A Última Tentação de Cristo."

B, Nº 10, p. 20; e *Caso Durand e Ugarte*, nota 20 *supra*, par. 136.

2. Adequar suas normas constitucionais e legais aos padrões sobre liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana, a fim de eliminar a censura prévia às produções cinematográficas e sua publicidade.

3. Assegurar que os órgãos do poder público e suas autoridades e funcionários no exercício de suas diferentes faculdades as exerçam de maneira a fazer efetivos os direitos e liberdades de expressão, consciência e religião reconhecidos na Convenção Americana, e, em consequência, se abstenham de impor censura prévia às produções cinematográficas.

4. Reparar as vítimas neste caso pelo dano sofrido.

5. Realizar o pagamento de custas e reembolsar os gastos incorridos pelas vítimas para litigar [o] caso tanto no âmbito interno como perante a Comissão e a Honorable Corte, além dos honorários razoáveis de seus representantes.

92. Em 8 de janeiro de 2001, diante de um pedido da Corte (par. 37 *supra*), a Comissão apresentou um escrito ao qual anexou os documentos de prova que, em sua opinião, confirmam o pedido de pagamento de custas e gastos apresentado no petição de sua demanda, bem como as alegações correspondentes. Nesta comunicação, a Comissão solicitou à Corte que, a título de gastos perante o Sistema Interamericano, fosse reembolsada à Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G. a quantia de US\$ 4.290 (quatro mil duzentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América), em virtude do comparecimento de um representante desta Associação a uma audiência na Comissão Interamericana e do comparecimento de representantes legais, testemunhas e peritos à audiência pública sobre o mérito realizada na sede da Corte. Os senhores Juan Pablo Olmedo Bustos e Ciro Colombara López, bem como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) renunciaram ao reembolso dos gastos em que tivessem incorrido. Em relação às custas, a Comissão informou à Corte que os representantes das vítimas e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) haviam renunciado à reivindicação das custas a título de honorários profissionais.

Alegações do Estado

93. Como já foi afirmado (pars. 62.g e 82.g *supra*), o Estado afirmou que se encontra em um processo para que, de acordo com o artigo 2 da Convenção e seus procedimentos constitucionais, sejam adotadas as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e permitir, assim, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”.

94. Em 31 de janeiro de 2001, o Estado apresentou suas observações ao escrito da Comissão relacionado aos gastos (par. 41 *supra*). A este respeito, afirmou que:

- a) não se comprovou documental, contábil nem financeiramente que o custo de passagem de um advogado da Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G. a Washington, D.C., para participar em uma audiência perante a Comissão Interamericana durante seu 98º período de sessões, tenha sido realmente pago por essa organização;
- b) a fatura nº 4526 não cumpre o requisito de se referir a gastos necessários e imprescindíveis realizados pelas partes do litígio, já que não está emitida em nome de nenhuma das partes; e
- c) as faturas nº 4540, 4541 e 4542 foram emitidas a título de hospedagem e consumos de hotel, correspondentes aos dias 16 a 19 de novembro de 1999; entretanto, a audiência pública sobre o mérito realizada na sede da Corte foi realizada unicamente no dia 18 de novembro de 1999. Estes gastos não se podem atribuir ao comparecimento durante a audiência, argumentação aplicável também às passagens aéreas.

• • •

Considerações da Corte

95. O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o desfrute do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

96. No presente caso, a Corte estabeleceu que o Estado violou o artigo 13 da Convenção e descumpriu os artigos 1.1 e 2 da mesma.

97. A respeito do artigo 13 da Convenção, a Corte considera que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade do filme "A Última Tentação de Cristo", já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição.

98. Em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, as regras do direito interno chileno que regulamentam a exibição e publicidade da produção cinematográfica

ainda não foram adaptadas ao disposto na Convenção Americana no sentido de que não pode haver censura prévia. Por isso, o Estado continua descumprindo os deveres gerais a que se referem estas disposições convencionais. Em consequência, o Chile deve adotar as medidas apropriadas para reformar, nos termos do parágrafo anterior, seu ordenamento jurídico interno de maneira acorde ao respeito e ao desfrute do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado na Convenção.

99. Quanto a outras formas de reparação, a Corte considera que a presente Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação e satisfação moral de significação e importância para as vítimas.²²

100. Quanto ao reembolso dos gastos, corresponde a este Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, que compreende os gastos pelas gestões realizadas pelas vítimas perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano de Proteção. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade.²³

101. Para tanto, a Corte, sobre uma base equitativa, considera estes gastos em uma quantia total de US\$ 4.290 (quatro mil duzentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América), pagamento que será realizado a quem corresponda, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

102. Em conformidade com a prática constante deste Tribunal, a Corte se reserva a faculdade de supervisionar o cumprimento íntegro da presente Sentença. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na presente decisão.

XII PONTOS RESOLUTIVOS

103. Portanto,

A CORTE,

por unanimidade,

1. declara que o Estado violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão, consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que o Estado não violou o direito à liberdade de consciência e de religião, consagrado no artigo 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes.

²² Cf. *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 20 de janeiro de 1999. Série C Nº 44, par. 72.

²³ Cf. *Caso Suárez Rosero*, nota 22 *supra*, par. 92.

3. declara que o Estado descumpriu os deveres gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com a violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão indicada no ponto resolutivo 1 da presente Sentença.

4. decide que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com o fim de suprimir a censura prévia para permitir a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", e deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro de um prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, um relatório sobre as medidas tomadas a esse respeito.

5. decide, com base no princípio de equidade, que o Estado deve pagar a soma de US\$ 4.290 (quatro mil duzentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América), como reembolso de gastos gerados em virtude das ações realizadas pelas vítimas e seus representantes nos processos internos e no processo internacional perante o Sistema Interamericano de Proteção. Esta soma será paga através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

6. decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e apenas depois disso dará por concluído o caso.

O Juiz Cançado Trindade deu a conhecer à Corte seu voto Concordante e o Juiz De Roux Rengifo seu voto Fundamentado, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 5 de fevereiro de 2001.

ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

Presidente

MÁXIMO PACHECO GÓMEZ

HERNÁN SALGADO PESANTES

OLIVER JACKMAN

ALIRIO ABREU BURELLI

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário

Comunique-se e execute-se,

ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

Presidente

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Ao votar a favor da adoção, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da presente Sentença sobre o mérito do caso “A Última Tentação de Cristo” (*Olmedo Bustos e Outros versus Chile*), que protege o direito à liberdade de pensamento e de expressão, vejo-me obrigado a registrar minhas reflexões sobre as implicações jurídicas, altamente relevantes, em relação ao decidido pela Corte, como fundamento de minha posição a respeito. A presente Sentença da Corte sobre o caso “A Última Tentação de Cristo” incide na questão fundamental da própria origem da responsabilidade internacional do Estado, bem como na do alcance das obrigações convencionais de proteção dos direitos humanos. É o que decorre de seu categórico parágrafo 72, no qual a Corte expressa o seu entendimento, na minha opinião com acerto e lucidez, no sentido de que

(...) a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Isto é, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No presente caso, esta foi gerada em virtude de que o artigo 19, inciso 12, da Constituição estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2. A questão da compatibilidade de uma regra de direito interno de um Estado Parte com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos volta, assim, à consideração da Corte, – e, no presente caso, tratando-se de uma regra de hierarquia constitucional. Esta é uma questão que, por suas implicações, compeliu-me a desenvolver anteriormente uma série de reflexões, em meus Votos Dissidentes nos casos *El Amparo*, *Caballero Delgado e Santana*, e *Genie Lacayo*. Não é minha intenção aqui reiterá-las, porque o objeto de minha dissidência naqueles casos (na minha opinião uma autolimitação da Corte sobre o alcance de suas próprias faculdades de proteção), já não existe na jurisprudência subsequente e contemporânea de nosso Tribunal, que muito evoluiu neste particular, sobretudo a partir do novo critério sobre a matéria estabelecido no caso *Suárez Rosero* (cf. *infra*). No entanto, como se trata de uma questão central no *cas d'espèce*, acredito ser totalmente oportuno recordar os pontos principais daquelas reflexões, no que incidem diretamente no exame da matéria nas circunstâncias do presente caso “A Última Tentação de Cristo”.

3. No Caso *El Amparo* (Reparações, 1996),²⁴ relativo à Venezuela, argumentei em meu referido Voto Dissidente que a própria existência de uma disposição legal

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentença de 14.09.1996, Série C, N° 28.

de direito interno não pode, *per se*, criar uma situação que afeta diretamente os direitos protegidos pela Convenção Americana, pelo *risco* ou a *ameaça* real que sua aplicabilidade representa, sem que seja necessário esperar a ocorrência de um dano; de outro modo, não haveria como sustentar o dever de prevenção, consagrado na jurisprudência da própria Corte Interamericana (pars. 2-3 e 6). Depois de me referir à jurisprudência internacional em defesa desta posição (pars. 5 e 10), acrescentei que, a partir do momento em que se constatam violações dos direitos humanos protegidos, o exame da incompatibilidade de regras de direito interno com a Convenção Americana deixa de ser "uma *questão abstrata*"; ou seja, o questionamento da compatibilidade da vigência de uma regra de direito interno com a Convenção, a qual, "*per se*, cria uma situação jurídica que afeta os direitos humanos protegidos" é efetivamente "uma *questão concreta*" (pars. 7-8).

4. Expressei então, naquele Voto, meu entendimento no sentido de que "é a existência de vítimas que provê a opinião decisiva para distinguir o exame simplesmente, *in abstracto*, de uma disposição legal, da determinação da incompatibilidade desta disposição com a Convenção Americana (...) no âmbito de um caso concreto (...). A existência de vítimas torna juridicamente inconsequente a distinção entre a lei e sua aplicação no contexto do caso concreto" (pars. 7-8 e 11).²⁵ No mesmo Caso El Amparo (Interpretação de Sentença, 1997),²⁶ em Voto Dissidente posterior, insisti em meu entendimento de que aquela responsabilidade estatal existe a partir do momento em que o Estado deixa de cumprir uma obrigação internacional independentemente da ocorrência de um dano adicional (pars. 24- 25, 21 e 26). A Convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, "foram concebidos e adotados com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar às disposições convencionais, e não vice-versa" (par. 13). Finalmente, adverti:

não se pode legitimamente esperar que estas disposições convencionais se 'adaptem' ou se subordinem às soluções de Direito Constitucional ou de direito público interno, que variam de país a país (...). A Convenção Americana, além de outros tratados de direitos humanos, buscam, *a contrario sensu*, ter no direito interno dos Estados Partes o efeito de aperfeiçoá-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, neste propósito, sempre que necessário, a revisão ou anulação de leis nacionais (...) que não se conformem com seus padrões de proteção (par. 14).

²⁵ E acrescentei: – "(...) no exercício da competência contenciosa, a Corte pode determinar, a pedido de uma parte, a incompatibilidade ou não de uma lei interna com a Convenção nas *circunstâncias do caso concreto*. A Convenção Americana efetivamente autoriza a Corte, no exercício de sua competência contenciosa, a determinar se uma lei, impugnada pela parte demandante e que por sua própria existência afeta os direitos protegidos, é ou não contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (pars. 7-8 e 11).

²⁶ CtIADH, Resolução de 16.04.1997, Série C, N° 46.

5. Sendo assim, sustentando a tese da responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados Partes como a que provê a base conceitual do dever de prevenção, acrescentei que:

Um Estado pode, por conseguinte, ter sua responsabilidade internacional comprometida, na minha opinião, pela simples aprovação e expedição de uma lei em desarmonia com suas obrigações convencionais internacionais de proteção, ou pela não adequação de seu direito interno para assegurar o fiel cumprimento de tais obrigações, ou pela não adoção da legislação necessária para dar cumprimento a estas últimas. É *chegado o período de dar precisão ao alcance das obrigações legislativas dos Estados Partes em tratados de direitos humanos*. O *tempus commisi delicti* é, na minha opinião, o da aprovação e expedição de uma lei que, *per se*, por sua própria existência e sua aplicabilidade, afeta os direitos humanos protegidos (no contexto de um determinado caso concreto, ante a *existência de vítimas de violações dos direitos protegidos*), sem que seja necessário esperar pela aplicação subsequente desta lei, gerando um dano adicional.

O Estado em questão deve reparar prontamente tal situação, pois, se não o faz, é possível configurar uma “situação continuada” violatória dos direitos humanos (denunciada em um caso concreto). É perfeitamente possível conceber uma “situação legislativa” contrária às obrigações internacionais de um determinado Estado (*v.g.*, mantendo uma legislação contrária às obrigações convencionais de proteção dos direitos humanos, ou não adotando a legislação requerida para dar efeito a tais obrigações no direito interno). Neste caso, o *tempus commisi delicti* se estenderia de modo a cobrir todo o período em que as leis nacionais permaneceram em conflito com as obrigações convencionais internacionais de proteção, acarretando a obrigação adicional de reparar os sucessivos danos resultantes de tal “situação continuada” durante todo o período em consideração (pars. 22-23).

Os fatos do presente caso “A Última Tentação de Cristo” demonstram, na minha opinião, que estas ponderações são válidas para toda a normativa do direito interno (incluindo as regras de hierarquias tanto infraconstitucional como constitucional).

6. Mais adiante, em outro Voto Dissidente, no caso *Genie Lacayo versus Nicaragua* (Revisão de Sentença, 1997),²⁷ observei que “a noção de ‘situação continuada’, – hoje respaldada por uma ampla jurisprudência no campo do Direito Internacional dos

²⁷ 4 CtIADH, Resolução de 13.09.1997, Série C, N° 45.

Direitos Humanos, – inclui violações de direitos humanos que, *v.g.*, não podem ser desvinculadas da legislação da qual resultam (e que permanece em vigência). (...) Tal situação continuada pode se configurar, por exemplo, pela persistência, seja de leis nacionais incompatíveis com a Convenção, seja de uma *jurisprudence constante* dos tribunais nacionais claramente adversa à vítima" (pars. 9 e 27).

7. Consequentemente, acrescentei que, em meu entendimento, a própria *existência* de uma regra de direito interno "legítima as vítimas de violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana a requerer sua compatibilização com as disposições da Convenção,(...) sem ter de esperar pela ocorrência de um dano adicional pela aplicação continuada" desta regra (par. 10).²⁸ A mesma posição sustentei também em meu Voto Dissidente (par. 21) no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, 1997),²⁹ no qual ressaltei a indissociabilidade entre as duas obrigações gerais consagradas na Convenção Americana, a saber, a de respeitar e garantir os direitos protegidos (artigo 1.1) e a de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção (artigo 2) (pars. 6 e 9).

8. Estas obrigações gerais requerem dos Estados Partes, indubitavelmente, a adoção de medidas legislativas e outras para *garantir* os direitos consagrados na Convenção e aperfeiçoar as condições de seu exercício (par. 3). Tais obrigações, em seu amplo alcance, impõem-se a todos os poderes do Estado, que "estão obrigados a tomar as providências necessárias para dar eficácia à Convenção Americana no plano do direito interno. O descumprimento das obrigações convencionais, como se sabe, compromete a responsabilidade internacional do Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário" (par. 10). E sinalizei:

Na realidade, estas duas obrigações gerais, – que se somam às demais obrigações convencionais, específicas, em relação a cada um dos direitos protegidos, – impõem-se aos Estados Partes pela aplicação do próprio Direito Internacional, de um princípio geral (*pacta sunt servanda*) cuja fonte é metajurídica, ao buscar se basear, além do consentimento individual de cada Estado, em considerações sobre o caráter obrigatório dos deveres derivados dos tratados internacionais. No presente domínio de proteção, os Estados Partes têm a obrigação geral, emanada de um princípio geral do Direito Internacional, de tomar todas as medidas de direito interno para *garantir* a proteção eficaz (*effet utile*) dos direitos consagrados (par. 8).

²⁸ A este respeito, permiti-me advertir que "à medida que não prevaleça em todos os Estados Partes na Convenção Americana uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, de que a responsabilidade internacional de um Estado pode se configurar por qualquer ato, ou omissão, de qualquer de seus poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), muito pouco se avançará na proteção internacional dos direitos humanos em nosso continente" (par. 24).

²⁹ CtIADH, Sentença de 29.01.1997, Série C, N° 31.

9. Buscando enfatizar a importância da adoção destas medidas positivas por parte dos Estados, ponderei que elas podem acarretar mudanças no direito interno que transcendem as circunstâncias particulares dos casos concretos; “a prática internacional”, acrescentei, “se encontra repleta de casos em que as leis nacionais foram efetivamente modificadas, de acordo com as decisões dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos nos casos individuais. A eficácia dos tratados de direitos humanos se mede, em grande parte, por seu impacto no direito interno dos Estados Partes” (par. 5).

10. Entretanto, neste início do século XXI, as circunstâncias do presente caso “A Última Tentação de Cristo” parecem indicar que os avanços neste particular são lentos. No século passado, já em 1937, um distinto *scholar* dos direitos humanos ponderava que no dia em que a evolução histórica ingresse “em uma era de consolidação consciente do Direito Internacional”, os Estados não apenas adotarão este último como “parte integrante de sua Constituição”, mas também deixarão de adotar leis que impeçam que o Direito Internacional forme “parte integrante de seu sistema” de direito interno.³⁰ Hoje, no ano de 2001, podemos dizer, *v.g.*, à luz do presente caso, que ainda não conseguimos alcançar este grau de desenvolvimento do direito interno dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos. Há, pois, que seguir insistindo em suas obrigações legislativas e judiciais, à par das executivas.³¹

11. Tampouco seria exato negar todo progresso neste domínio. Têm havido avanços, mas lamentavelmente continuamos longe de realizar o ideal da plena compatibilização do ordenamento jurídico interno com as normativas de proteção internacional dos direitos humanos. Um dos avanços se encontra plasmado na própria jurisprudência mais recente da Corte Interamericana sobre a matéria.³² Assim, no caso *Loayza Tamayo versus Peru* (Mérito, 1997),³³ a Corte determinou a incompatibilidade

³⁰ Hersch Lauterpacht, “*Règles générales du droit de la paix*”, 62 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1937) p. 145-146; texto reproduzido posteriormente, em inglês, in *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Cambridge, University Press, 1970, p. 229.

³¹ Cf., a respeito, *v.g.*, Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Ed. MRE, 1956, p. 280-310; H. Dipla, *La responsabilité de l’État pour violation des droits de l’homme - Problèmes d’imputation*, Paris, Pédone, 1994, p. 17-32. César Sepúlveda, por exemplo, foi muito claro ao admitir “a responsabilidade de um Estado pelo proferimento de leis contrárias a essa ordem jurídica [internacional], e, mais claramente, das que resultam em contraposição a um tratado”; e acrescentou que “também se deduz responsabilidade para um membro da comunidade internacional se não expede uma lei para o que se tenha comprometido por um pacto, ou que deva promulgar conforme o Direito Internacional. Assim mesmo, pode resultar a responsabilidade quando não atua revogando uma lei que seja incompatível com obrigações internacionais contraídas pelo Estado”; C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13ª ed., México, Ed. Porrúa, 1983, p. 237-238.

³² Em meu supracitado Voto Dissidente no Caso *El Amparo* (Interpretação de Sentença, 1997), ponderei que a Corte Interamericana se encontrava, naquele momento (abril de 1997), “em uma encruzilhada” em relação à questão aqui tratada: ou continuava insistindo, quanto às leis nacionais dos Estados Partes na Convenção Americana, na ocorrência de um dano resultante de sua efetiva aplicação como condição para determinar a incompatibilidade ou não destas leis com a Convenção (tal como afirmou nos casos *El Amparo* e *Genie Lacayo*, *supra*), ou passaria a proceder a esta determinação (e de suas consequências jurídicas em casos concretos) a partir da própria existência e aplicabilidade das leis nacionais, tendo presente o dever de prevenção que incumbe aos Estados Partes na Convenção (tal como propugnei, em minhas dissidências, nos casos *El Amparo*, *Caballero Delgado e Santana*, e *Genie Lacayo*, *supra*) (par. 12).

³³ CtiADH, Sentença de 17.09.1997, Série C, N° 33.

dos decretos-leis que tipificavam os crimes de "traição à pátria" e de "terrorismo" (pars. 66-77) com a Convenção Americana (artigo 8(4)). Posteriormente, no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (Mérito, 1999),³⁴ a Corte afirmou que estes decretos-leis violavam o artigo 2 da Convenção, o qual requer não apenas a supressão de regras violatórias das garantias nela consagradas, mas, além disso, a expedição de regras para assegurar a observância de tais garantias (pars. 207-208); sendo assim, a Corte ordenou ao Estado demandado reformar as regras de direito interno declaradas violatórias à Convenção Americana (ponto resolutivo nº 14).

12. No caso *Garrido e Baigorria versus Argentina* (Reparações, 1998),³⁵ a Corte dedicou toda uma seção da Sentença (parte IX), ao dever estatal de atuar no âmbito do direito interno, na qual recordou, *inter alia*, que, "no direito de gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que realizou um convênio internacional deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas" (par. 68). Trata-se, em suma, do dever do Estado de tomar *medidas positivas* de proteção efetiva (par. 69) dos direitos humanos de todas as pessoas submetidas à sua jurisdição.

13. Mas o grande salto qualitativo na jurisprudência recente da Corte, o verdadeiro divisor de águas na questão em consideração, ocorreu no caso *Suárez Rosero versus Equador* (Mérito, 1997); em sua sentença, a Corte, ao declarar, *inter alia*, que uma disposição do Código Penal equatoriano era violatória do artigo 2 da Convenção Americana, em concordância com os artigos 7.5 e 1.1 da mesma (ponto resolutivo nº 5), a Corte fez notar não apenas que a disposição legal impugnada havia sido aplicada no *cas d'espèce*, mas, além disso, que, na sua opinião, aquela regra do Código Penal equatoriano violava, *per se*, o artigo 2 da Convenção, "independentemente de que tenha sido aplicada no presente caso" (par. 98).³⁶ Desse modo, a Corte endossava, finalmente, a tese da responsabilidade internacional *objetiva* do Estado, admitindo que uma regra de direito interno pode, nas circunstâncias de um caso concreto, por sua própria existência e aplicabilidade, violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

14. Se alguma dúvida ainda persistia quanto a este ponto, *i.e.*, a que a própria existência e aplicabilidade de uma regra de direito interno (seja infraconstitucional ou constitucional) podem, *per se*, determinar a responsabilidade estatal em relação a um tratado de direitos humanos, os fatos do presente caso "A Última Tentação de Cristo" contribuem, a meu modo de ver, decisivamente, a dissipar esta dúvida. Dos fatos neste caso "A Última Tentação de Cristo" decorre, ao contrário, que, em circunstâncias como as do *cas d'espèce*, a tentativa de distinguir entre a existência e a aplicação efetiva de uma regra de direito interno, para o fim de determinar a configuração ou não da responsabilidade internacional do Estado, é irrelevante, e revela uma visão extremamente formalista do Direito, vazia de sentido.

³⁴ CtIADH, Sentença de 30.05.1999, Série C, N° 52.

³⁵ CtIADH, Sentença de 27.08.1998, Série C, N° 39.

³⁶ Sem grifo no original.

15. Com efeito, no presente caso “A Última Tentação de Cristo”, foram introduzidos novos elementos que requerem um exame mais profundo da questão. Em seu escrito de 17.08.1999, o Estado demandado argumentou que não era possível configurar, no caso concreto, sua responsabilidade internacional por uma única sentença do Poder Judiciário, sem o cumprimento de “outros requisitos”; segundo este escrito, a juízo do Estado, não bastava que uma decisão judicial fosse considerada contrária ao Direito Internacional, pois se tornava necessário que tal decisão fosse “apoiada pelo respaldo, ou pelo menos a inatividade, dos órgãos legislativo ou executivo”. Em outras palavras, segundo o Estado, deveria haver um concurso de todos os poderes do Estado, em um mesmo sentido, para que se configurasse sua responsabilidade internacional.

16. Entretanto, há toda uma jurisprudência internacional secular que se orienta claramente *a contrario sensu*, sustentando que a origem da responsabilidade internacional do Estado pode residir em qualquer ato ou omissão de qualquer um dos poderes ou agentes do Estado (seja do Executivo, do Legislativo, ou do Judiciário).³⁷ Se fosse necessário buscar respaldo para a afirmação da existência de obrigações legislativas na jurisprudência internacional anterior, aí, de todo o modo, o encontraríamos, *v.g.*, a partir do *locus classicus* sobre a matéria, na Sentença no caso relativo a certos *Interesses Alemães na Alta Silesia Polonesa* (Alemanha versus Polônia, 1926), e no Parecer Consultivo sobre os *Colonos Alemães na Polônia* (1923), ambas do antigo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI).³⁸ Recorrer à jurisprudência internacional clássica sobre a matéria, entretanto, não me parece estritamente necessário, tal como já indiquei em outra oportunidade:³⁹ dada a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os pronunciamentos a respeito, por parte de vários órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos, parecem-me mais do que suficientes para afirmar a existência de *obrigações legislativas* – além de *judiciais*, a par das *executivas* – dos Estados Partes em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana.⁴⁰

³⁷ Cf., *v.g.*, o repertório de jurisprudência in *United Nations, Yearbook of the International Law Commission* (1969)-II, em especial p. 105-106.

³⁸ No exercício de sua jurisdição, tanto contenciosa como consultiva, a CPJI se pronunciou claramente sobre a matéria: na mencionada Sentença, afirmou que as leis nacionais são “fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma maneira que as decisões judiciais ou as medidas administrativas”, e concluiu que a legislação polonesa em questão era contrária à Convenção Germano-Polaca que protegia os interesses alemães em questão; e, no referido Parecer Consultivo, afirmou que as medidas legislativas polonesas em questão não estavam em conformidade com as obrigações internacionais da Polônia. *Cit. in United Nations, Yearbook of the International Law Commission* (1964)-II, p. 138.

³⁹ Em meu supracitado Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, 1997), par. 21, n.º 24.

⁴⁰ Além da jurisprudência neste sentido, já citada em meus Votos anteriormente mencionados (*v.g.*, as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos *Klass e Outros* (1978), *Marckx* (1979), *Johnston e Outros* (1986), *Dudgeon* (1981), *Silver e Outros* (1983), *De Jong, Baljet e van den Brink* (1984), *Malone* (1984), *Norris* (1988), assim como as Observações do Comitê de Direitos Humanos em relação ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – nos casos *Aumeeruddy-Ziffra e Outras* (1981), e dos *Impedidos e Deficientes Italianos* (1984)), – poderia acrescentar, a título de ilustração adicional, outras decisões. Assim, *v.g.*, em suas observações (de 31.03.1993) no caso *J. Ballantyne, E. Davidson e G. McIntyre versus Canadá* (comunicações 359/1989 e 385/1989), o Comitê de Direitos Humanos instou o Estado Parte a que fizesse cessar a violação do

17. Quanto à doutrina, se não fossem suficientes as considerações anteriormente resumidas, desenvolvidas em meus Votos em casos anteriores perante esta Corte (cf. pars. 3-9, *supra*, do presente Voto Concordante), limitar-me-ia a referir-me, além dos escritos, a respeito de dois grandes juristas internacionais do século XX, Eduardo Jiménez de Aréchaga e Roberto Ago. Em estudo publicado em 1968, Jiménez de Aréchaga, – que posteriormente se tornaria Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, – recordou que a inconclusa Conferência de Haia de Codificação do Direito Internacional (1930) pelo menos contribuiu com o “reconhecimento geral” da responsabilidade dos Estados por decisões judiciais claramente incompatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelos respectivos Estados. Na ocasião, diversos Delegados afirmaram que, embora fosse verdade que a independência do Poder Judiciário constituía um “princípio fundamental no Direito Constitucional”, era um fator “irrelevante no Direito Internacional”.⁴¹

18. Sendo assim, – acrescentou o jurista uruguaio, – havia que se admitir que as atuações do Poder Judiciário de um Estado comprometiam efetivamente a responsabilidade estatal toda vez que se mostrassem contrárias às obrigações internacionais deste Estado. Apesar de que, independente do Poder Executivo, o Poder Judiciário não é independente do Estado, mas, ao contrário, é parte do Estado para os propósitos internacionais, tanto quanto o Poder Executivo.⁴² Portanto, há setenta anos não havia mais vestígios das tentativas doutrinárias superadas, do século XIX e do início do século XX, que buscavam em vão evitar a extensão ao Poder Judiciário do princípio da responsabilidade internacional do Estado por atos ou omissões de todos os seus poderes e órgãos.

19. Por sua vez, Roberto Ago, como *rapporteur* especial da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre o tema da Responsabilidade do Estado, foi categórico a respeito, em seu substancial Terceiro Relatório (de 1971), intitulado “O Ato Internacionalmente Ilícito do Estado, Fonte de Responsabilidade Internacional”:

artigo 19 (direito à liberdade de expressão) do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, “emendando a lei [nacional] como corresponde”; ONU, documento CCPR/C/47/D/359/1989-385/1989/Rev.1, de 5.05.1993, p. 17, par. 13 (circulação reservada). Do mesmo modo, em suas observações (de 31.03.1994) sobre o caso *N. Toonen versus Austrália* (comunicação 488/1992), o Comitê de Direitos Humanos afirmou que, “exceto na Tasmânia, todas as leis que penalizavam a homossexualidade foram derrogadas em toda a Austrália”, e, que no presente caso se requeria a “anulação da lei lesiva” (disposições do Código Penal da Tasmânia), violatória dos artigos 17(1) e 2(1) (direito à vida privada ou familiar, e obrigação geral de respeitar os direitos protegidos, respectivamente) do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos; ONU, documento CCPR/C/50/D/488/1992, de 4.04.1994, p. 13, pars. 8- 11 (circulação reservada). Por sua vez, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, nos casos (nºs 60/91 e 87/93) do *Constitutional Rights Project* (1994), relacionados à Nigéria, estabeleceu uma violação, *inter alia*, do artigo 7 (direito a um *fair trial*) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, resultante da atuação de “tribunais especiais” por meio de um decreto; cf. *Decisions of the African Commission on Human and Peoples’ Rights* (1986-1997), Série A, vol. 1, Banjul, 1997, p. 55-59 e 101-104. E a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, ainda no exame de petições que desconsiderou como inadmissíveis, admitiu, entretanto, que, a princípio, um indivíduo pode se queixar de uma lei que, por sua própria existência, seria incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, se corre o risco de ser diretamente impactado por ela. Cf., neste sentido, v.g., *application* no. 24877/94, *A. Casotti e Outros versus Itália*, decisão de 16.10.1996, in *87 Decisions and Reports* (1996) p. 63 e 65; e *application* n° 24581/94, *N. Gialouris, G. Christopoulos e 3333 Outros Funcionários da Aduana versus Grécia*, decisão de 06.04.1995, in *81-B Decisions and Reports* (1995) p. 123 e 127.

⁴¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga. *International Responsibility, in Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London/N.Y., MacMillan/St. Martin’s Press, 1968, p. 551.

⁴² *Ibid.*, p. 551.

(...) No-one now supports the old theories which purported to establish an exception in the case of legislative organs on the basis of the 'sovereign' character of Parliament, or in the case of jurisdictional organs by virtue of the principle of independence of the courts or the res judicata authority of their decisions. The cases in which certain States have resorted to arguments based on principles of this kind, and have found arbitral tribunals willing to accept them, belong to the distant past. Today, the belief that the respective positions of the different powers of the State have significance only for constitutional law and none for international law (which sees the State only in its entity) is firmly rooted in international jurisprudence, the practice of States and the doctrine of international law.

(...) The doctrine of the impossibility of invoking international responsibility for the acts of legislative or judicial organs has not been advanced for a long time. On the other hand, the possibility of invoking international responsibility for such acts has been directly or indirectly recognized on many occasions. (...).⁴³

20. No correto entendimento do jurista italiano, exposto a partir de seu Segundo Relatório (de 1970), sobre “A Origem da Responsabilidade Internacional”, qualquer conduta de um Estado classificada pelo Direito Internacional como internacionalmente ilícita acarreta a responsabilidade deste Estado no Direito Internacional; assim, qualquer ato (ou omissão) internacionalmente ilícito constitui “uma fonte de responsabilidade internacional”; como ilustração, Ago citou a falta de um Estado de cumprir a obrigação internacional de adotar determinadas medidas legislativas requeridas pelo tratado em questão, do qual é Parte.⁴⁴ O dano não pode ser levado em consideração, para o propósito da determinação das reparações, “mas não é um pré-requisito para a determinação de que se cometeu um ato internacionalmente ilícito”.⁴⁵

21. Constitui, além disso, um princípio geral do direito da responsabilidade internacional a independência da caracterização de determinado ato (ou omissão) como ilícito no Direito Internacional da caracterização – similar ou não – de tal ato pelo direito interno do Estado.⁴⁶ O fato de que uma determinada conduta estatal se conforma com as disposições de direito interno, ou inclusive é por este último requerida, não significa que se possa negar seu caráter internacionalmente ilícito,

⁴³ Roberto Ago (*special rapporteur*). *Third Report on State Responsibility: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility*, in *United Nations, Yearbook of the International Law Commission (1971)-II*, part I, p. 246-247, pars. 144 e 146.

⁴⁴ Roberto Ago (*special rapporteur*). *Second Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility*, in *United Nations, Yearbook of the International Law Commission (1970)-II*, p. 179, 187 e 194, pars. 12, 31 e 50.

⁴⁵ Roberto Ago, *Third Report on State Responsibility...*, *op. cit. supra* nº (17), p. 223, par. 74.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 226, 232 e 238, pars. 86, 88, 103-104 e 120.

sempre que constitua uma violação de uma obrigação internacional; tal como afirma o célebre *obiter dictum* do antigo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso de certos *Interesses Alemães na Alta Silesia Polaca* (Mérito, 1926), de que, sob o prisma do Direito Internacional, as regras de direito interno não são nada mais que simples fatos.⁴⁷ Assim, não é tarefa do Direito Internacional se ocupar da "organização" do Estado.⁴⁸

22. Efetivamente, a questão da distribuição de competências e o princípio básico da separação de poderes são da maior relevância no âmbito do Direito Constitucional, mas no Direito Internacional não passam de fatos que não possuem incidência na configuração da responsabilidade internacional do Estado. As tentativas frustradas, em um passado já distante, de situar os poderes legislativo e judiciário do Estado à margem de contatos internacionais (sob a influência, até certo ponto, de algumas das primeiras manifestações do positivismo jurídico), não teriam o menor sentido em nossos dias. Pertencem a um mundo que já não existe.

23. Há décadas o mundo mudou substancialmente e ninguém, em sã consciência, pretenderia hoje em dia avançar um entendimento naquele sentido. O Estado, como um todo indivisível, permanece um centro de *acusação*, devendo responder pelos atos ou omissões internacionalmente ilícitos, de qualquer um de seus poderes, ou de seus agentes, independentemente de hierarquia. Como muito bem afirmou o jurista suíço Max Huber, em seu célebre laudo arbitral de 1925, no caso da Ilha de Palmas (Holanda *versus* Estados Unidos), as competências exercidas pelos Estados (territoriais e jurisdicionais) têm como contrapartida os deveres atribuídos a eles, emanados do Direito Internacional, em suas relações com outros Estados,⁴⁹ – e eu me permitiria acrescentar, também, sob o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas últimas décadas, em relação a todos os seres humanos sob suas respectivas jurisdições.

24. Hoje se reconhece como uma contribuição – um elemento esclarecedor – do prolongado trabalho, ainda inacabado, da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas sobre a Responsabilidade do Estado (em particular de sua parte I), a distinção adotada entre regras *primárias* do Direito Internacional, as que impõem obrigações específicas aos Estados, e regras *secundárias* do Direito Internacional, as que determinam as consequências jurídicas do descumprimento estatal das obrigações estabelecidas pelas regras primárias. Esta distinção contribui a esclarecer que a responsabilidade estatal se origina a partir do momento do ilícito (ato ou omissão) internacional, surgindo daí uma obrigação subsidiária de fazer cessar as consequências

⁴⁷ *Ibid.*, p. 227, 237 e 246, pars. 92, 117 e 145. - Do mesmo modo, é *jurisprudence constante* do Tribunal Internacional de Justiça (CIJ) o princípio segundo o qual um Estado não pode invocar dificuldades de direito interno para se evadir da observância de suas obrigações internacionais, – princípio este que se encontra consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, artigo 27), e que foi igualmente reunido, em seu trabalho de codificação, em 1957 e 1961, em razão do anterior *rapporteur* especial sobre a matéria da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, o jurista cubano F. V. García Amador, devidamente recordado por Roberto Ago (*ibid.*, p. 228 e 231, pars. 94 e 100).

⁴⁸ Tal como recordou R. Ago, *in ibid.*, p. 236, par. 113.

⁴⁹ U.N., *Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 838-839.

da violação (o que pode significar, nas circunstâncias de um caso concreto, *v.g.*, modificar uma lei nacional) e reparar os danos.

25. A presente Sentença da Corte Interamericana sobre o mérito no caso “A Última Tentação de Cristo” representa, neste particular, na minha opinião, um sensível avanço jurisprudencial. Como se sabe, uma vez configurada a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos, este Estado tem o dever de restabelecer a situação que garanta às vítimas o desfrute de seu direito lesado (*restitutio in integrum*), fazendo cessar a situação violatória de tal direito, bem como, se for o caso, reparar as consequências desta violação. A presente Sentença da Corte, além de estabelecer a indissociabilidade entre os deveres gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana (pars. 85-90), localiza estes deveres no contexto das reparações, sob o artigo 63.1 da Convenção: a Corte adequadamente determina que, nas circunstâncias do *cas d'espèce*, as modificações no ordenamento jurídico interno requeridas para harmonizá-lo com a normativa de proteção da Convenção Americana constituem uma forma de reparação não pecuniária de acordo com a Convenção⁵⁰ (pars. 96-98). E, em um caso como o presente, relativo à proteção do direito à liberdade de pensamento e de expressão, esta reparação não pecuniária é consideravelmente mais importante que uma indenização.

26. Outra distinção encontrada na parte I do projeto da CDI anteriormente mencionado, entre as obrigações de *comportamento* e as de *resultado*, apesar de todo o debate doutrinário suscitado nas últimas três décadas, tem, pelo menos, exercido o papel de demonstrar a necessidade de promover uma melhor articulação entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional.⁵¹ Considero esta articulação de particular importância para o futuro da proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase especial nas *obrigações positivas* de proteção por parte do Estado, com base em sua responsabilidade internacional *objetiva* configurada a partir da violação de suas obrigações internacionais.⁵²

⁵⁰ Precisamente neste sentido já havia me pronunciado em meu Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, 1997 – CtIADH, Sentença de 29.01.1997, Série C, N° 31), pars. 6 e 9 (sobre a indissociabilidade entre os deveres gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana) e pars. 13-14 e 20 (sobre as modificações de normas do direito interno como forma de reparação não pecuniária sob a Convenção).

⁵¹ P.-M. Dupuy. “*Le fait générateur de la responsabilité internationale des États*”, 188 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1984) p. 50 e 25; e *cf.* P.A. Fernández Sánchez, *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Ministério da Justiça Publs., 1987, p. 59-83 e 193-194.

⁵² *Cf.*, a respeito, *v.g.*, Jules Basdevant. “*Règles générales du droit de la paix*”, 58 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1936) p. 670-674; Eduardo Jiménez de Aréchaga. *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, p. 319-325, e *cf.* p. 328-329; Ian Brownlie. *System of the Law of Nations - State Responsibility - Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 43; Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*, 4ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995 (reprint), p. 439; Paul Guggenheim. *Traité de Droit International Public*, tomo II, Genève, Georg, 1954, p. 52 e 54; L.G. Loucaides. *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 146 e 149-152; Paul Reuter. “*Principes de Droit international public*”, 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1961) p. 592-594 e 598-603; C.W. Jenks. “*Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law*”, 117 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1966) p. 105-110 e 176-196; Karl Zemanek. “*La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*”, in *Responsabilité internationale* (Org. Prosper Weil), Paris, Pédone, 1987, p. 36-38 e 44-46; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, 5ª ed., Napoli, Ed. Scientifica, 1997, p. 360-363; J. A. Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 571-573.

27. A adequação das regras de direito interno ao disposto nos tratados de direitos humanos pode ser considerada, efetivamente, uma obrigação de resultado. Mas isso não significa que seu cumprimento possa ser postergado indefinidamente. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial das últimas décadas sobre as obrigações positivas dos Estados Partes em tratados de direitos humanos representa uma reação contra a inércia, ou a morosidade, ou as omissões do poder público no presente domínio de proteção. Esta construção contribui a explicar e fundamentar as obrigações legislativas dos Estados Partes em tratados de direitos humanos.

28. Resta-me considerar neste Voto Concordante um último ponto, que foi objeto de atenção e debate durante a audiência pública perante a Corte Interamericana sobre o presente caso "A Última Tentação de Cristo", realizada nos dias 18 e 19 de novembro de 1999: refiro-me ao argumento do Estado demandado segundo o qual os recursos internos não estariam esgotados, dado o fato de que um projeto de reforma constitucional se encontrava pendente perante o Poder Legislativo (para substituir o sistema vigente de censura cinematográfica); além disso, como o Poder Executivo não compartilhava a interpretação do Poder Judiciário sobre a matéria, buscando reparar a situação, estaria o Estado eximido de responsabilidade internacional.⁵³

29. Na referida audiência perante a Corte, o Governo do Chile afirmou não ter discrepâncias substantivas, de mérito, com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a necessidade de assegurar a liberdade de expressão, e tanto era assim que o Governo se dissociava do Poder Judiciário neste particular e buscava uma solução ao problema arguido no *cas d'espèce*.⁵⁴ O agente do Estado do Chile, Dr. Edmundo Vargas Carreño, comentou, oportunamente, que "o tema da responsabilidade internacional do Estado em geral é o tema hoje mais difícil do Direito Internacional",⁵⁵ – tanto é assim que, depois de décadas, a CDI ainda não concluiu seu trabalho de codificação sobre a matéria.

30. O tema da responsabilidade internacional do Estado, além de complexo, sempre me pareceu um capítulo verdadeiramente central e fundamental de todo o Direito Internacional Público. O grau de consenso que se consiga alcançar em relação a seus múltiplos aspectos, – a começar pelas próprias bases da configuração desta responsabilidade, – parece-me revelador, em última instância, do grau de evolução e coesão da própria comunidade internacional. Não obstante a inegável e alta qualidade jurídica que souberam imprimir em suas apresentações na memorável audiência pública perante a Corte sobre o mérito do caso "A Última Tentação de Cristo", tanto a CIDH como o Governo do Chile, em suas alegações orais, bem como, em suas declarações, tanto as testemunhas e peritos propostos pela CIDH como os peritos originalmente apresentados pelo Governo chileno e convocados pela Corte, – não posso me eximir de formular algumas precisões que me parecem necessárias, dadas a complexidade e alta relevância da matéria tratada.

⁵³ Cf. CtiADH, *Transcrição das Alegações Finais no Caso "A Última Tentação de Cristo" – Audiência Pública sobre o Mérito realizada em 18 e 19 de Novembro de 1999*, San José da Costa Rica, p. 68-69 [cf.], 70, 76-77 e 79-80.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 76-77 e 79.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 84.

31. Em primeiro lugar, a regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno, tal como está consagrada no artigo 46 da Convenção Americana, compreende os recursos judiciais disponíveis, adequados e eficazes, de acordo com os princípios de Direito Internacional reconhecidos aos quais faz referência a formulação da regra naquela disposição da Convenção. Se o objetivo fosse estender indevidamente o alcance desta regra a um projeto de reforma constitucional, ou de reforma legislativa, ela se transformaria em um obstáculo insuperável aos peticionários, além de ter seu conteúdo jurídico desvirtuado.

32. Em segundo lugar, caso seja interposta, a objeção de não esgotamento deve ser decidida definitivamente *in limine litis*, ou seja, na etapa de admissibilidade do caso, e não no procedimento sobre o mérito do mesmo. Trata-se, na minha opinião, de uma questão de pura admissibilidade, tal como tenho sustentado consistentemente, no seio desta Corte, desde 1991.⁵⁶ Nos últimos anos, a própria Corte Interamericana estabeleceu adequadamente, a partir de suas sentenças sobre Exceções Preliminares nos casos *Loayza Tamayo* e *Castillo Páez*,⁵⁷ relativos ao Peru, que, se o Estado demandado deixou de invocar a objeção de não esgotamento no procedimento de admissibilidade perante a CIDH, está impedido de interpô-lo subsequentemente perante a Corte (*estoppel*). Desse modo, a Corte modificou o critério anterior – na minha opinião inadequado – seguido por ela originalmente sobre este ponto, nos casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* e *Fairén Garbi e Solís Corrales*⁵⁸ (1987), relativos a Honduras.

33. E em terceiro lugar, de qualquer modo, no presente contexto da proteção internacional dos direitos humanos, – fundamentalmente distinto do da proteção diplomática discricionária no âmbito interestatal⁵⁹ – a regra dos recursos internos se reveste de natureza mais *processual* do que *substantiva*. Condiciona, desse modo, a *implementação* (*mise-enoeuvre*) da responsabilidade do Estado (como requisito de

⁵⁶ Cf. meus Votos Fundamentados nas Sentenças sobre Exceções Preliminares nos casos *Gangaram Panday versus Suriname* (1991, Série C, N° 12), *Loayza Tamayo versus Peru* (1996, Série C, N° 25), e *Castillo Páez versus Peru* (1996, Série C, N° 24), assim como meu Voto Dissidente no caso *Genie Lacayo versus Nicarágua* (Resolução de 18.05.1995), pars. 11-17, in: OEA, *Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 1995*, p. 85-87.

⁵⁷ CtiADH, Série C, números 25 e 24, respectivamente.

⁵⁸ CtiADH, Sentenças sobre Exceções Preliminares, Série C, números 1, 3 e 2, respectivamente.

⁵⁹ As diferenças básicas de contexto requerem que a regra dos recursos internos, no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, seja aplicada com atenção especial às necessidades de proteção do ser humano. A referida regra está longe de ter a dimensão de um princípio imutável ou sacrossanto do Direito Internacional, nada impedindo que se aplique com maior ou menor rigor em contextos vários. Afinal de contas, os recursos de direito interno fazem parte integrante do próprio sistema de proteção internacional dos direitos humanos, sobretudo, com ênfase maior no elemento da reparação (*redress*) em comparação ao processo mecânico de esgotamento (destes recursos). A regra dos recursos internos dá testemunho da interação entre o Direito Internacional e o direito interno no presente contexto de proteção. Estamos aqui perante um *direito de proteção*, dotado de especificidade própria, orientado fundamentalmente para as vítimas, aos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Os princípios geralmente reconhecidos do Direito Internacional (aos quais se refere a formulação da regra dos recursos internos em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana), além de seguir uma evolução própria nos vários contextos em que se aplicam, necessariamente sofrem, quando inseridos em tratados de direitos humanos, um certo grau de ajuste ou adaptação, ditado pelo caráter especial do objeto e propósito destes tratados e pela amplamente reconhecida especificidade da proteção internacional dos direitos humanos. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, p. 1-443, esp. p. 6-56, 279-287, 290-322 e 410-412.

admissibilidade de uma petição ou reclamação internacional), mas não o *surgimento* desta responsabilidade.

34. É a tese que venho constantemente sustentando há mais de vinte anos, a partir da publicação de meu artigo "O Surgimento da Responsabilidade do Estado e a Natureza da Regra dos Recursos Internos", em 1978, em Genebra.⁶⁰ Desde então, tenho argumentado sempre que o *surgimento* e a *implementação* da responsabilidade internacional do Estado correspondem a dois momentos distintos; no presente contexto da proteção internacional dos direitos humanos, o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno condiciona a implementação, mas não o surgimento, desta responsabilidade, a qual se configura a partir da ocorrência de um ato (ou omissão) internacionalmente ilícito (que pode ter sua fonte, v.g., em uma disposição legal de direito interno, ou em um ato administrativo, ou também em uma decisão judicial).

35. Finalmente, gostaria, brevemente, de me referir à declaração de um dos peritos propostos pela CIDH: ao destacar a *boa-fé* da iniciativa do projeto de reforma constitucional em curso no Estado do Chile, o Dr. José Zalaquett Daher ponderou, com juízo, que "a reforma mais importante neste caso seria aquela que (...), através de um ato legislativo chileno, (...) recordasse imperativamente ao Poder Judiciário" que "existe a incorporação de pleno direito e que se devem aplicar" diretamente as regras internacionais de proteção dos direitos humanos no plano do direito interno.⁶¹ É este um ponto ao qual atribuo a maior importância, porque implica a necessidade, em última instância, de uma verdadeira mudança *de mentalidade* nos tribunais superiores de quase todos os países da América Latina.

36. Isso dificilmente seria alcançado com atenção ao aspecto meramente formal de reformas legislativas, as quais devem se fazer acompanhar da capacitação permanente da magistratura nacional latino-americana em direitos humanos, em particular as promissoras novas gerações de juízes. As sentenças dos tribunais nacionais devem levar em devida consideração as regras aplicáveis tanto do direito interno como dos tratados de direitos humanos que vinculam o Estado Parte. Estas últimas, ao consagrar e definir claramente um direito individual, suscetível de reivindicação perante um tribunal ou juiz nacional, são *diretamente* aplicáveis no plano do direito interno.

37. Se maiores avanços não foram alcançados até hoje no presente domínio de proteção, isso não é atribuível a obstáculos jurídicos, – que na realidade não existem, – mas, ao contrário, à falta de vontade (*animus*) do poder público de promover e assegurar uma proteção mais eficaz dos direitos humanos. Isso se aplica hoje em dia à quase totalidade dos países latino-americanos, – e, entendo, também aos países caribenhos,⁶² – o que destaca a necessidade urgente de uma mudança de mentalidade, à qual já me referi. Uma nova mentalidade emergirá, no que concerne ao Poder Judiciário, a

⁶⁰ A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", 56 *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1978) p. 157-188.

⁶¹ Cf. CtIADH, *Transcrição das Alegações Finais...*, op. cit. n° (28) *supra*, p. 15-16.

⁶² Lamento não poder me referir aos países da América do Norte (Canadá e Estados Unidos), que até a presente data nem sequer ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

partir da compreensão de que a aplicação direta das regras internacionais de proteção dos direitos humanos é benéfica para os habitantes de todos os países e que, ao contrário do apego a construções e silogismos jurídico-formais e a um normativismo hermético, o que verdadeiramente se requer é proceder à correta interpretação das regras aplicáveis a fim de assegurar a plena proteção do ser humano, sejam elas de origem internacional ou nacional.

38. Em um livro visionário publicado em 1944, o jurista chileno Alejandro Álvarez propugnava com veemência por uma reconstrução do direito das gentes e uma renovação da própria ordem social.⁶³ Vivemos hoje, no início do século XXI, em um mundo inteiramente distinto daquele de meio século atrás, mas o tema que em seus dias inspirou A. Álvarez – e que hoje seria realizado de modo distinto, à luz da própria evolução do direito das gentes nas cinco últimas décadas, – é efetivamente um tema recorrente, que continua mantendo em nossos dias uma grande atualidade.

39. Não vejo como deixar de sustentar e promover, novamente, no amanhecer de um novo século, uma reconstrução e renovação do direito das gentes, a partir, a meu modo de ver, de um enfoque necessariamente antropocêntrico e com ênfase na identidade do objetivo último tanto do Direito Internacional como do direito público interno quanto à proteção dos direitos do ser humano. Sendo assim, a normativa internacional de proteção, incorporada ao direito interno, não poderá deixar de ser *diretamente* aplicada pelos tribunais nacionais em todos os países da América Latina e do Caribe, que deram o bom exemplo de professar seu compromisso com os direitos humanos através da ratificação da Convenção Americana, ou sua adesão à mesma.

40. O caso “A Última Tentação de Cristo”, que a Corte Interamericana acaba de decidir na presente Sentença sobre o mérito, é verdadeiramente emblemático, não apenas por constituir o primeiro caso sobre liberdade de pensamento e de expressão decidido pela Corte, em sua primeira sessão de trabalho realizada no século XXI, como também – e, sobretudo – por incidir sobre uma questão comum a tantos países latino-americanos e caribenhos, e que alcança os fundamentos do direito da responsabilidade internacional do Estado e da própria origem desta responsabilidade. À luz das reflexões desenvolvidas neste Voto Concordante, permito-me concluir, em resumo, que:

- *primeiro*, a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos surge no momento da ocorrência de um fato – ato ou omissão – ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputável a este Estado, em violação do tratado em questão;
- *segundo*, qualquer ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer um dos Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – ou agentes

⁶³ Cf. Alejandro Álvarez. *La Reconstrucción del Derecho de Gentes – El Nuevo orden y la Renovación Social*, Santiago do Chile, Ed. Nascimento, 1944, p. 3-523.

do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade internacional do Estado Parte em questão;

- *terceiro*, a distribuição de competências entre os poderes e órgãos estatais, e o princípio da separação de poderes, apesar de que sejam da maior relevância no âmbito do Direito Constitucional, não condicionam a determinação da responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos;

- *quarto*, qualquer regra de direito interno, independentemente de sua categoria (constitucional ou infraconstitucional), pode, por sua própria existência e aplicabilidade, comprometer *per se* a responsabilidade de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos;

- *quinto*, a vigência de uma regra de direito interno, que *per se* cria uma situação jurídica que afeta os direitos protegidos por um tratado de direitos humanos, constitui, no contexto de um caso concreto, uma violação *continuada* deste tratado;

- *sexto*, a existência de vítimas gera a opinião decisiva para distinguir um exame *in abstracto* de uma regra de direito interno, de uma determinação da incompatibilidade *in concreto* desta regra com o tratado de direitos humanos em questão;

- *sétimo*, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos de direito interno se reveste de natureza mais processual do que substantiva (como condição de admissibilidade de uma petição ou denúncia a ser decidida *in limine litis*), condicionando, assim, a implementação, mas não o surgimento da responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos;

- *oitavo*, a regra do esgotamento dos recursos de direito interno tem conteúdo jurídico próprio, que determina seu alcance (incluindo os recursos judiciais eficazes), o qual não se estende a reformas de ordem constitucional ou legislativa;

- *nono*, as regras substantivas – relativas aos direitos protegidos – de um tratado de direitos humanos são *diretamente* aplicáveis no direito interno dos Estados Partes neste tratado;

- *décimo*, não existe obstáculo ou impossibilidade jurídica alguma a que se apliquem as regras internacionais de proteção diretamente no plano do direito interno, mas o que se requer é a vontade (*animus*) do poder público (sobretudo o judiciário) de aplicá-las, em meio à compreensão de que desse modo se estará dando expressão concreta a valores comuns superiores, consubstanciados na proteção eficaz dos direitos humanos;

- *décimo primeiro*, uma vez configurada a responsabilidade internacional de um Estado Parte em um tratado de direitos humanos, este Estado tem o dever de restabelecer a situação que garanta às vítimas o desfrute de seu direito lesado (*restitutio in integrum*), fazendo cessar a situação violatória de tal direito, bem como, se for o caso, reparar as consequências desta violação;
- *décimo segundo*, as modificações no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte necessárias para sua harmonização à normativa de um tratado de direitos humanos podem constituir, no contexto de um caso concreto, uma forma de reparação não pecuniária de acordo com este tratado; e
- *décimo terceiro*, neste início do século XXI, requer-se uma reconstrução e renovação do direito de gentes, a partir de um enfoque necessariamente antropocêntrico, e não mais estatocêntrico, como no passado, dada a identidade do objetivo último tanto do Direito Internacional como do direito público interno quanto à proteção plena dos direitos da pessoa humana.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Juiz

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário

VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ DE ROUX RENGIFO

Acompanhei a Corte na decisão de não declarar que o Estado violou o artigo 12 da Convenção Americana por uma razão específica: para ter votado contra, teria requerido que estivessem disponíveis nos autos provas precisas sobre o fato de que, ao proibir-se a exibição de *“La Ultima Tentación de Cristo”*, havia sido prejudicado, efetivamente, o direito a mudar de religião ou crenças, em prejuízo das vítimas concretas do *presente caso*.

O artigo 12 da Convenção contempla várias hipóteses de violação do direito à liberdade de consciência e de religião, entre as quais se inclui a que consiste em impedir que alguém mude de crenças religiosas. Para alcançar esse último efeito, não é relevante que se constanja física ou mentalmente a pessoa em questão a permanecer atada à fé que professa. Esta seria a forma mais evidente, mas não a única, de afetar sua liberdade de consciência e de religião. A mudança de religião ou de crenças costuma ser o resultado de um processo longo e complexo, que inclui dúvidas, reflexões e buscas. O Estado deve garantir que cada pessoa possa conduzir esse processo, caso decida

empreendê-lo, em uma atmosfera de completa liberdade e, em particular, que não seja limitada a ninguém a possibilidade de se reunir, sem infringir os direitos dos demais, todos os elementos de vida e emocionais, conceituais e informativos ou de qualquer outra natureza que considere necessários para optar adequadamente pela mudança ou manutenção de sua fé. Se o Estado cometer uma falta, por ação ou omissão, em relação a esses deveres, viola o direito à liberdade de religião e de consciência.

É necessário ter presente, a esse respeito, que o artigo 12 da Convenção Americana não se limita a consagrar, em abstrato, a liberdade de conservar ou de mudar de crenças, mas protege explicitamente, contra toda restrição ou interferência, o processo de mudar de religião. Não é outro o sentido do inciso 2º do artigo 12, quando estabelece, em sua parte pertinente, que "ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças."

Acredito, finalmente, que para chegar a conclusões certas sobre a violação da liberdade de religião e de consciência neste caso, a Corte necessitaria solicitar provas mais detalhadas e contundentes do que as apresentadas sobre a situação pessoal dos petionários, sobre os processos nos quais estavam envolvidos em relação a suas crenças e sobre as limitações às quais estiveram ou deixaram de estar submetidos para coletar, por meios distintos à exibição pública de "A Última Tentação de Cristo", os elementos que este filme poderia proporcionar no sentido de uma mudança de crença religiosa.

CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO

Juiz

MANUEL E. VENTURA ROBLES

Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário



Dñs
Arpitas

Dñs
Arpitas

Novos Promotores de Justiça Tomam Posse

Os sete primeiros classificados no XXXIV Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do MPRJ tomaram posse em 29 de julho de 2016, em sessão solene realizada no auditório do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. A cerimônia contou com a presença de autoridades, membros e servidores da Instituição, familiares e amigos dos empossados.

O Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, que presidiu a solenidade, saudou os novos Promotores e destacou o compromisso que assumem de servir e de lutar pelas causas da sociedade e do país. “A chegada dos novos colegas nos traz a certeza de que a obra edificada por gerações de Promotores e Procuradores de Justiça está em franca expansão e caminha, inexoravelmente, no sentido da consolidação do Ministério Público como uma das grandes conquistas da nação brasileira”, declarou o Procurador-Geral de Justiça, no início de seu discurso.

Aberta a solenidade, Laura Minc Baumfeld André, segunda colocada no concurso, procedeu à leitura do termo de compromisso, sendo seguida pela leitura do termo de posse lavrado no dia 15 de julho de 2016 pela Secretária-Geral do MPRJ, Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante. Coube ao Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, declarar os novos Promotores de Justiça Substitutos empossados, entregar os atos de investidura e as respectivas carteiras funcionais. Pierre Oliveira Batista, primeiro colocado no concurso, discursou em nome dos novos Promotores, destacando o desafio que passavam a assumir e o compromisso de promoverem uma atuação com base em valores solidários. “Interessa à sociedade que sejamos



excelentes Promotores, mas interessa ainda mais que sejamos grandes seres humanos”, afirmou. Foram empossados no cargo de Promotor de Justiça Substituto Pierre Oliveira Batista, Laura Minc Baumfeld André, Maria Izabel Gomes Sant’Anna, Marcos Martins Davidovich, Victor de Souza Miceli, Daniella D’Arco Garbossa e Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello

Compueram a mesa da cerimônia, além do Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, a Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães Tavares, representando o Governador em exercício, Francisco Dornelles; o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Elias Erthal Sanglard; o Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho, representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho; o Deputado Luiz Paulo Correa da Rocha, representando o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio, Deputado Jorge Picciani; o Defensor Público-Geral do Estado, André Castro; o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - seção do Rio de Janeiro, Felipe Santa Cruz; e o Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza.

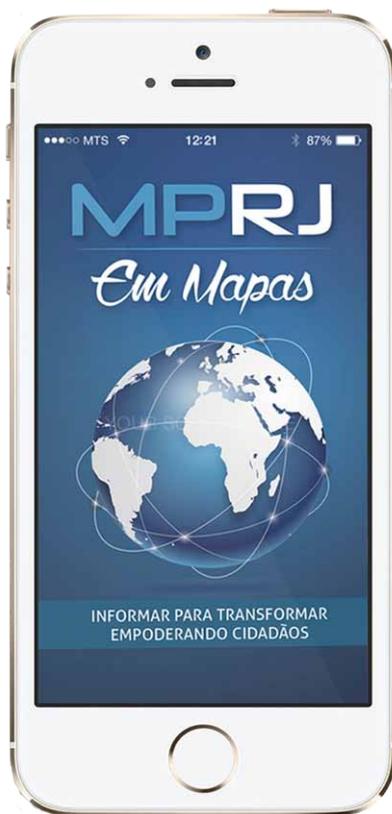
MPRJ Lança Aplicativo para *Smartphones* e *Tablets* com Serviços para a População

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) lançou, nesta sexta-feira (02/09/2016), um aplicativo gratuito para *smartphones* e *tablets* que permite ao cidadão fazer denúncias, acessar informações sobre os órgãos de execução em sua cidade, solicitar certidões e acompanhar notícias da Instituição e boletins do Instituto de Educação e Pesquisa (IEP-MPRJ). A tecnologia está disponível para os sistemas IOS (Apple) e Android (Google). O lançamento ocorreu durante o encontro de trabalho “MPRJ e a Construção de uma Inteligência Coletiva”, realizado na sede do *Parquet* fluminense.

O aplicativo permite incorporar os dispositivos móveis às ferramentas de trabalho dos membros do Ministério Público, garantindo uma atuação mais ágil, eficaz, dinâmica e moderna, trazendo funcionalidades para otimizar a atuação dos Procuradores e Promotores de Justiça, como o acesso aos processos eletrônicos, o recebimento e a leitura de intimações.

Ainda está em desenvolvimento a assinatura de despachos em forma digital. Também é possível consultar a movimentação de membros, peças de pesquisa, plantões e *links* importantes junto à Coordenadoria de Segurança e Inteligência. Já os servidores, poderão fazer solicitações administrativas e consultar contracheques.

A ferramenta acessa informações do banco de dados compilado pelo projeto “MP em Mapas”, desenvolvido pelas Subprocuradorias-gerais de Justiça de Planejamentos Institucional e de Administração, e que reúne informações sociais, institucionais e administrativas relacionadas ao MPRJ.



O desenvolvimento do aplicativo está alinhado à evolução dos meios de comunicação, o que permite maior interação e transparência entre a sociedade e as instituições públicas. Dados coletados pela Pesquisa Brasileira de Mídia, divulgada em 2015, mostram que 66% dos acessos feitos à *Internet* são realizados via *smartphone*, em razão da facilidade, comodidade e do aumento da velocidade da conexão entre os usuários da *Internet* no Brasil. Estudo da *Google*, divulgado no mesmo ano, mostrou que, pela primeira vez, o acesso à *Internet* via dispositivos móveis superou o de usuários que utilizam computadores pessoais.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABUSO

do poder econômico
22, 25, 28, 35;

religioso
27;

AÇÃO

Autônoma de Impugnação
100, 126;

coletiva
51-52, 129-136, 204, 239;

ADMISSIBILIDADE

104, 118, 126, 164-171, 203, 235-236,
238-240, 244, 259, 304-305, 308, 343,
355, 420, 486, 489;

ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

83, 91;

ART. 1.072, II, DO NOVO CPC

163, 167, 171;

ATO CONSTRITIVO

118-120;

CÂMARA DE VEREADORES

178, 284;

CANDIDATO

17-19, 21-22, 24-25, 28-31, 33-34, 37-38,
240;

CIDADÃO

17-18, 26, 31, 37, 55, 79, 143-145, 148,
187, 208, 239, 250, 263, 265, 269-270,
278, 290, 310, 356-357, 363, 440-441,
460, 462, 497;

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

43-44, 51, 59, 129, 163-164, 171, 189,
215, 232, 237, 243-245, 292, 412;

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

83, 88, 91-92, 94-96;

COMPETÊNCIA

84-88, 91, 97-98, 104, 108, 110, 118-119,
131, 143, 145, 156-158, 160, 176, 205,
213, 215, 218, 237, 244, 249, 251, 253-
254, 256, 258-260, 269-273, 275-277,
280-285, 288, 290-293, 333, 256, 244,
249, 432, 445, 447, 483, 489;

CONSELHO

de Administração
187, 190;

Superior do Ministério Público
42, 83, 88, 92-93, 96;

CONSTITUIÇÃO

17-18, 20-23, 28-31, 33, 35-38, 43-45,
49-50, 52, 55, 57, 61-64, 66-67, 70, 72,
74, 76-79, 85-87, 89-90, 140-146, 148,
151-162, 171, 175-177, 179, 182, 187-
188, 203-204, 207, 214-216, 228, 231,
238-239, 249-252, 254-256, 258-260,
265, 267-272, 275, 277, 279-282, 284-
285, 287-288, 290-292, 294-300, 302,
305-307, 309-322, 324, 326-329, 331,
333-336, 338-339, 343-344, 347-350,
352-358, 360-362, 364-366, 382, 389,
395, 402, 410, 415, 418, 412, 421, 423,
441-452, 455, 457, 461, 464-466, 469,
474, 478;

CONTROLE

de Constitucionalidade
87, 151-152, 154-155, 157, 161-162, 256,
259, 282, 303, 307, 310, 349;

no Estado de Direito
83, 85;

COORDENAÇÃO NORMATIVA

151, 161-162;

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

83, 88, 93-94, 96;

CORRUPÇÃO

32, 34-36, 44-46, 187;

CRÍTICAS

61-62, 65, 107, 223, 400;

CULTOS RELIGIOSOS

20-21, 31;

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

97, 99, 100, 116-117, 122-125;

PROVA TESTEMUNHAL

164-170, 172-173, 440;

DECISÃO CONDENATÓRIA EM PROCESSO DISCIPLINAR

83, 90;

DEFESA

Atípica
100, 124-125;

Heterotópica
100;

Típica
97, 100, 109, 121, 126;

DEMOCRACIA

17, 19-20, 32-33, 37, 68, 145, 148-149,
188, 267, 269, 300, 326, 329, 331, 359,
447, 455, 458;

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

189-190;

DESTITUIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

83, 89;

DEVER SOCIOPOLÍTICO

17;

DIREITO(S)

à liberdade do voto
17;

público subjetivo
17;

fundamentais

61-63, 66-67, 70-74, 76-79, 138-139, 141-
142, 144, 146, 148, 182, 265, 267, 275,
286-289, 291, 300, 303-304, 387, 395,
444, 447, 450;

humanos

285-286, 288, 313, 325, 429, 431, 433-
434, 436-437, 439-440, 443-445, 447,
450-451, 457, 460-461, 466-469, 472-
480, 483-490;

DISPUTA ELEITORAL

17, 27, 33;

EFEITO SUSPENSIVO

42, 99-100, 109-110, 113-115, 120, 122,
238;

ELEIÇÃO

17, 20, 22-23, 28, 30-35, 37-38, 148, 161,
319, 409;

EMBARGOS

à Execução

97, 99-102, 104, 107, 111-112, 114-115,
117, 119, 121, 124;

de terceiro

100, 117-120;

na Ação Monitória

121;

na execução

121;

sobre todos os bens

120;

ESTADO

Democrático de Direito

17-18, 30, 32, 34, 70, 85, 207, 291, 300,
327, 357;

democrático de direito

149, 447;

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

100, 123-125;

FEDERAÇÃO

151-152, 158, 161, 178, 215, 250, 268-
269, 277, 282, 288, 290, 297, 302, 322,
327-328, 334-335, 339;

FUNBIO

217-228, 230-231;

GARANTIA DO JUÍZO

98-99, 110, 113, 122-123, 125;

GUARDA PROVISÓRIA

195-196, 199-201;

HONORÁRIOS

Advocatícios

110-111;

Periciais

51, 216;

ILÍCITO ELEITORAL

25, 27, 32, 37;

IMPEACHMENT

187-188, 310;

IMPUGNAÇÃO

97-100, 102, 109, 111, 115, 117, 122-124,
126, 309-310;

INCIDENTE DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

129, 131-135;

INEA

217-218, 220, 224-227, 230-231;

INQUÉRITO CIVIL

39-43, 47, 50-60, 92-93, 130, 177, 203,
205-207, 210, 212;

INTERVENÇÃO

de terceiros
111-112, 119;
iussu iudicis
118-119;

INVIOLABILIDADE PARLAMENTAR

62, 76-77;

JULGAMENTO DE RECURSO

83, 90;

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTADUAL

151, 154, 156, 162;

JUSTIÇA ELEITORAL

18, 28-29, 34, 37-38;

LEGITIMIDADE

ativa
105, 203-204, 327;
passiva
119, 204;

MANDADO DE SEGURANÇA

50, 100, 131, 205, 208, 212, 232, 235, 241,
320, 328, 341, 412;

MEIO AMBIENTE

41, 55, 135, 137, 140-142, 209, 218, 224,
227, 229, 232-233, 249-257, 259-261,
268-270, 273-277, 282-294, 330;

MINISTÉRIO PÚBLICO

40-60, 83-84, 86-88, 90-96, 105, 131,
133, 136, 162, 175-176, 178-180, 182, 187,
197, 201, 203-204, 206, 211-219, 224,
231, 233-237, 241, 243-244, 256, 258,
291, 295-298, 302-303, 308-340, 342,
344-345, 348-366, 368-370, 372, 407-
408, 410-412, 418, 422, 495-497;

MORALIDADE PÚBLICA

17, 31-32, 34;

MORATÓRIA

115, 123;

NATUREZA

absoluta
62, 67, 69, 74, 463;
dúplice
163;

mista
163;

NEPOTISMO

175-181;

NORMAS

de Devolução
151, 153, 155-156;
de Imitação
151, 153, 156-157;
de Remissão
151, 153-154;

NOVO CPC

97, 163-165, 167-173, 189, 315;

OBSCURIDADE

243-245;

OMISSÃO

18, 48, 53, 89-90, 175, 177, 187, 204-205,
207-208, 244-245, 406, 461, 474, 480,
482, 483, 487-488, 491;

OPE IUDICIUS

113, 119;

ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA

22;

PARLAMENTO

62, 64, 67-68, 70, 72, 148, 187;

PARTIDOS

19, 21, 30, 148, 300, 358;

PLANO DIRETOR

162, 206;

PODER RELIGIOSO

17, 25-29, 37-38;

POTENCIALIDADES DO CONTROLE INTERNO

83, 87;

PRAZO

40, 42, 47-48, 53-54, 57, 63, 97-99, 105-
108, 111, 115-117, 120-124, 190, 195-197,
208, 211, 218, 232, 252, 257, 264, 276,
279, 293, 296-297, 303, 311, 323, 325,
340, 345-347, 350, 354, 367-370, 410,
412, 433-436, 438, 448-449, 472-473;

PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

218;

PRIVILÉGIO RELIGIOSO

27;

PROBIDADE ADMINISTRATIVA

34, 42, 175, 220, 356;

PROCESSO

coletivo

51, 60, 129-132, 136, 409;

eleitoral

17, 20-21, 26, 31, 34-35, 37, 303;

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

42, 83, 85, 87-89, 91-96, 216, 241, 295,
319, 370, 422, 495-496;

PROVAS

37, 40-41, 43-46, 51, 54, 57-58, 112, 163-
164, 172-173, 175, 236-238, 240, 267,
438, 451-452, 490-491;

REVOGAÇÃO DE REGRAS

170;

SOBERANIA POPULAR

17-18, 20, 31-33, 37, 273;

STF

53, 56, 61, 63, 65, 68-69, 71, 76, 79, 151,
153, 177, 179-181, 187-188, 205, 236,
238-239, 256, 296, 301, 309-310, 317,
321, 358, 364, 373-374, 402, 417;

SUFRÁGIO UNIVERSAL

17-18;

SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

167;

TAXA

97, 221-223, 235-238, 240, 264, 301;

TEMPESTIVIDADE

104-105, 115;

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

97, 103, 121-122;

TUTELA

34-35, 39-41, 51-53, 59-60, 62, 66-67,
75, 78, 87, 101, 106, 113-114, 120, 126,
130-133, 135-136, 143-145, 203, 205,
207-208, 210, 213, 215, 217, 219, 231-232,
252, 262, 267, 287, 289, 322, 328, 333,
339, 374-376, 386, 397, 399, 400, 410,
420;

**TUTELA DOS INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS**

39, 41, 60;

VALORA DA CAUSA

110;

VÍCIO DE COMPETÊNCIA

97-98;

VOTO

17-19, 27-28, 32-33, 56, 61-65, 67, 69, 72,
75, 77, 80, 89-90, 180, 190, 239, 258, 265,
274-281, 284, 290-292, 294, 297-299,
312, 218-219, 323-324, 328, 333-337,
340-351, 353-354, 358-360, 364-366,
369-371, 373, 376-377, 380, 383, 387-
388, 390, 402-405, 408, 411-414, 416,
419, 421, 423-424, 453-454, 473-477,
481, 485, 488, 490.

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