Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

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

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

nº 62 out./dez. 2016

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Tifany Fiks
Pesquisa

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico

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 Hitórico 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

Catalogação 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, 61,62)

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 62 da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro traz para o debate contemporâneo teses doutrinárias e decisões judiciais que certamente contribuem para o aprofundamento do pensamento crítico e para a condução dos nossos leitores a diferentes perspectivas jurídicas.

A seção *doutrina* apresenta o uso da "dialética erística" na argumentação jurídica, de forma a contribuir para a identificação de situações cotidianas que refletem grande deslealdade intelectual e pouco apreço pela verdade. No campo do direito penal, a "delação premiada" passeia pelo nosso imaginário, seja pelas importantes contribuições para a elucidação de ilícitos e o desbaratamento de organizações criminosas, seja pelas polêmicas que suscita. A evolução legislativa da "fase do saneamento e organização do processo civil" é tratada com o tracejar de sua linha histórica, o que possibilita um estudo dinâmico e reflexivo. "Justiça constitucional, o sistema político e o risco de erosão do regime democrático" é o tema tratado pelo constitucionalista português Jorge Miranda, trazendo para o foco do debate os direitos fundamentais e o combate à corrupção. E, mais, a "prisão de membro do senado federal", a "existência de significado na insignificância" e os requisitos da "publicidade e motivação das deliberações administrativas dos tribunais brasileiros" possibilitam uma leitura interativa e temática. Não menos importantes são as reflexões a respeito do "estado laico e ensino público", da "vulnerabilidade do cidadão enquanto consumidor" e o redimensionamento dos conceitos de "ação penal, tipicidade e ilicitude", tratados de forma inteligente e objetiva.

Teoria e prática se entrelaçam nas seções *observatório jurídico* e *peças processuais*, propiciando uma visão privilegiada do pensamento jurídico. Para aqueles que almejam conhecer a atuação do Ministério Público, merecem destaque os pareceres jurídicos e as peças recursais da lavra dos membros desta Instituição.

Qual a relevância social da saúde pública? A execução provisória da pena viola o princípio constitucional de inocência? É possível haver controle dos atos da Câmara dos Deputados no tocante ao rito do processo do *impeachment*? Essas são as temáticas selecionadas da Corte Suprema e apresentadas aos leitores na seção *Jurisprudência*. Do Superior Tribunal de Justiça foram selecionados julgados de inegável interesse institucional, como os que abordam "a atuação do Ministério Público na fiscalização de parcerias estabelecidas entre o município e OSCIP", "a influência do sistema vicariante com a imposição de medida de segurança e de penas privativas de liberdade decorrentes de fatos e ações penais distintas", e o realinhamento da jurisprudência do STJ no "caso de extensão a servidores contratados dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição da República, inclusive o FGTS".

Na Jurisprudência Internacional, é apresentado o caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", que encerra uma das mais importantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser a da primeira condenação imposta pela Corte a um Estado americano.

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 Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer
Emerson Garcia **17**

Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil
Fredie Didier Jr.
Daniela Bomfim **23**

Evolução Legislativa da Fase de Saneamento e Organização do Processo
Heitor Vitor Mendonça Sica **61**

Sistema Político e Riscos de Erosão do Regime Democrático
Jorge Miranda **81**

A Prisão de Senador. A Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro
Marcellus Polastri Lima **91**

O que Há de Significativo na Insignificância?
Marco Antonio Santos Reis **115**

Publicidade e Motivação das Deliberações Administrativas dos Tribunais Brasileiros Segundo o Conselho Nacional de Justiça
Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Rogério de Oliveira Souza **139**

Estado Laico e o Ensino Público. Neutralidade Religiosa ou Neutralização da Religião?
Regiane Cristina Dias Pinto **147**

Reconhecimento da Vulnerabilidade Linguística do Consumidor: Forma de Acesso à Justiça
Tadeu Luciano Siqueira Andrade **163**

Ação, Tipicidade e Ilicitude em Direito Penal
Tiago de Lima Santos Reid **181**

Observatório Jurídico

A Importância do Código Comercial
Ives Gandra da Silva Martins **211**

Tutela Coletiva dos Direitos dos Minoritários
Jorge Lobo **215**

Da Teoria à Prática

A Interpretação Adequada da Súmula 713 do STF
Eliseu Antônio da Silva Belo **221**

Peças Processuais

Pareceres

Processo Administrativo. Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Rio de Janeiro. Abertura de crédito suplementar no orçamento do Fundo Especial do MPRJ.
Emerson Garcia **233**

Contrarrazões em agravo de instrumento. Agravante que se insurge contra o deferimento de liminar de antecipação dos efeitos da tutela em ação civil pública proposta pelo MPRJ em matéria ambiental.
Fabrício Rocha Bastos **239**

Parecer em representação por inconstitucionalidade. Lei municipal que estipula limite para comprometimento das receitas originárias previstas no art. 20, § 1º, da CF, em virtude de crise financeira.
Joana Machado **265**

Art. 28 do CPP. Procedimento investigatório criminal. Apuração de tráfico de drogas, associação para o tráfico e crimes ambientais. Rejeição do arquivamento.
Leonardo Freire de Oliveira **273**

Recurso Especial. Acórdão proferido pela Câmara Criminal que contrariou e negou vigência ao art. 593, III, *d*, e §3º, do CPP. Processo originário do Tribunal do Júri.
Nilo Augusto Francisco Suassuna **281**

Art. 28 do CPP. Procedimento investigatório criminal. Estupro de vulnerável. Manutenção do arquivamento.
Sonia Simões Corrêa Fortes **305**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 – MG. Manutenção de Rede de Assistência à Saúde da Criança e do Adolescente. Configuração, no Caso, de Típica Hipótese de Omissão Inconstitucional Imputável ao Município – A Questão da Reserva do Possível: Reconhecimento de sua Inaplicabilidade, Sempre que a Invocação dessa Cláusula Puder Comprometer o Núcleo Básico que Qualifica o Mínimo Existencial – A Questão das "Escolhas Trágicas" – A Colmatação de Omissões Inconstitucionais como Necessidade Institucional Fundada em Comportamento Afirmativo dos Juízes e Tribunais e de que Resulta uma Positiva Criação Jurisprudencial do Direito. Recurso de Agravo Improvido. Recurso Extraordinário com Agravo.
Segunda Turma, 02/12/2014. ..... **321**

Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.130 – DF. Medida Liminar. Direito Constitucional. Controle de Atos da Câmara dos Deputados no Rito do Processo de *Impeachment* de Presidente da República. Garantia do Devido Processo Legal. Dever de Apreciação da Denúncia Originalmente Apresentada. Indeferida.
Sessão Plenária, 15/04/2016. ..... **339**

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus 126.292 – SP. Constitucional. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Sentença Penal Condenatória Confirmada por Tribunal de Segundo Grau1 de Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade.
Segunda Turma, 15/12/2015. ..... **369**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 567.988 – PR (2014/0206339-8). Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública por Suposto Ato de Improbidade Administrativa. Imputação pelo Art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Alegação do *Parquet* Estadual de Nulidade da Decisão Agravada, por não Haver Jurisprudência Dominante do Tribunal a Justificar o Julgamento Monocrático do Relator. Termos de Parceria entre Município e Oscip para Implementação de Programas Federais em Ações de Saúde Pública. Ausência de Dolo ou Culpa Ensejadora de Ato Ímprobo. Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR Desprovidos.
Primeira Turma, 05/05/2016 ..... **437**

Recurso Especial nº 1.606.616 – MG (2016/0149372-8). Processual Civil. Administrativo. FGTS. Nulidade de Contrato por Ausência de Concurso Público. Direito ao Levantamento dos Saldos Fundiários.
Segunda Turma, 16/08/2016 ..... **473**

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 275.635 - SP (2013/0271447-8). Processual Penal e Penal. *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Especial, Ordinário ou de Revisão Criminal. Não Cabimento. Execução. Violação ao Sistema Vicariante. Inocorrência. Imposição de Medida de Segurança e de Penas Privativas de Liberdade Decorrentes de Fatos e Ações Penais Distintas. Não Conhecido.
Sexta Turma, 08/03/2016 ..... **481**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **491**

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Sentença de 29 de Julho de 1988) **493**

Noticiário

Ministério Público empossa oito novos Promotores de Justiça **545**

MP elege novos integrantes para o Conselho Superior **549**

Eduardo Gussem encabeça lista tríplice para PGJ **551**

MPRJ realiza solenidade em comemoração ao Dia Nacional do Ministério Público **553**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **557**

Detalhe da imagem da capa

Doutrina

O Uso da Dialética Erística na Argumentação Jurídica: o que se Faz e não se Deveria Fazer

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. Alguns Estratagemas. 3. À Guisa de Conclusão.

1. Aspectos Introdutórios

Dialética erística, ou simplesmente erística, é a técnica argumentativa utilizada para vencer um debate a qualquer custo. Para que o fim seja alcançado, a ética fica de lado e a desonestidade intelectual avança sem pudor. O objetivo dessas breves linhas é tão somente o de identificar algumas situações que fazem parte do cotidiano e que pouco contribuem para a elevação do nosso nível civilizatório. São técnicas argumentativas a que recorrem estudantes, profissionais do direito ou juristas consagrados com o só propósito de vencer o debate em que estão envolvidos, não para a evolução da ciência ou a consagração da verdade.

A base de nossas considerações é o opúsculo póstumo de Schopenhauer, intitulado *Eristik* e publicado pela primeira vez nos idos de 1864, por iniciativa de Julius Frauenstädt. Desde então, foi reeditado inúmeras vezes e traduzido para diversos idiomas. Esse esclarecimento é necessário para afastarmos qualquer sobreposição com o pensamento de Aristóteles, que via na dialética uma técnica honesta de confronto entre argumentos contraditórios, permitindo avançar na obtenção de uma resposta, e, na erística, uma espécie de debate contencioso cujo objetivo era o êxito, ainda que desacompanhado da solidez dos argumentos. A erística, nesse caso, não era propriamente uma ciência e muito menos um padrão de desonestidade intelectual. Schopenhauer, no entanto, associava a dialética à erística, nela visualizando uma forma de argumentação que independe da verdade. A demonstração da verdade seria preocupação da lógica. Não é demais lembrar que o seu objetivo era o de polemizar com Hegel, filósofo já consagrado à época e que utilizava a dialética como o epicentro de suas ideias.

* 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). É membro da *American Society of International Law e da International Association of Prosecutors* e membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

2. Alguns Estratagemas

A verdade, na dialética erística de Schopenhauer, é secundária. O fim almejado é o êxito no debate. Para tanto, oferece 38 estratagemas que bem expressam a deslealdade intelectual do debatedor. Mencionaremos aqui 10 deles.

(§ 1º) A *ampliação indevida* estende a afirmação do adversário para além dos seus limites naturais. Muito utilizada no debate oral, tem o objetivo de demonstrar a incorreção da afirmação por existirem exceções a ela. Quando digo que a teoria da vontade é essencial para a interpretação dos contratos, o meu adversário rebate: todos sabem que as cláusulas contratuais escritas são lei entre as partes, o que teria sido ignorado por mim. Em resposta, é preciso esclarecer que a teoria da vontade não afasta a importância das cláusulas escritas, apenas contribui para a sua compreensão.

Para anular esse estratagema, o melhor a fazer é restringir nossas afirmações, diminuindo a margem de manipulação do debatedor. No referido exemplo, poderíamos dizer que a teoria da vontade é essencial para a interpretação das cláusulas contratuais escritas. Afinal, a essência do contrato é identificada a partir da convergência do *animus* e do *scriptum*.

A ampliação indevida também pode decorrer de um deslize do autor da afirmação, do qual se aproveita o debatedor. Se digo que todas as Constituições brasileiras foram aprovadas por representantes do povo, meu adversário poderia rebater afirmando que a Constituição Imperial e as Republicanas de 1937, 1967 e 1969 foram outorgadas. Para escapulir, eu poderia afirmar, como o faz profícua doutrina portuguesa, que não existem Constituições outorgadas, senão Cartas Constitucionais. Portanto, sob este prisma, minha afirmação estaria correta.

(§ 2º) A *homonímia sutil* estende a afirmação a um segundo objeto que, fora a identidade de denominação, não se confunde com o primeiro. O objetivo é o de demonstrar que a afirmação inicial estava incorreta, pois não se aplica ao segundo objeto homônimo, ou, no extremo oposto, permitir que os efeitos da afirmação sejam estendidos a este segundo objeto, apesar de suas características serem distintas.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação nº 2.138/DF, decidiu que o uso do avião da FAB por Ministro de Estado, para desfrutar momentos de lazer com familiares na Ilha de Fernando de Noronha, não caracterizaria o ato de improbidade referido no art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, que foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992. Em prol de sua conclusão, afirmou que estes agentes políticos estavam sujeitos à tipologia dos crimes de responsabilidade, e o art. 85, V, da Constituição de 1988, regulamentado pela Lei nº 1.079/1950, enquadrava nesta categoria qualquer atentado à "probidade na administração". Como qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade, não poderia haver responsabilização pelo ato de improbidade da Lei nº 8.429/1992. O que o Tribunal não observou, ou não quis observar, é que o sistema brasileiro adota o princípio da independência entre as instâncias de responsabilização, o que torna possível que uma única conduta enseje a responsabilização do agente em mais de uma instância (cível, criminal, administrativa etc.). Portanto, a *improbidade*

referida no art. 37, § 4º, da Constituição é distinta da *probidade* mencionada no art. 85, V, e cada qual é detalhada em lei específica. Neste caso, a *homonímia sutil* foi empregada para impedir a responsabilização do Ministro de Estado.

(§ 3º) A *mudança do modo relativo para o absoluto* é utilizada para generalizar o conteúdo de uma afirmação direcionada a um objeto particular. Posso dizer que o constitucionalismo norte-americano, ao disciplinar o funcionamento da federação, não cometeu erros similares ao brasileiro, cujo modelo real de federação a cada dia se aproxima mais do Estado unitário, quando muito, regionalizado. Meu adversário rebate afirmando que os norte-americanos também erram. Em seguida, lembra a "teoria da soberania dos Estados-membros", defendida por John C. Calhoun, que apregoava o direito de o Estado-membro retirar-se da federação. Teorias como esta conduziram à guerra de secessão (1861-1865) e, no extremo, poderiam acarretar a própria dissolução do Estado Federal. Nesse caso, a refutação do adversário é verdadeira, mas diz respeito a objeto distinto daquele sobre o qual falamos. Caberia a mim esclarecer que não há pomar imune a ervas daninhas, e a teoria de Calhoun existiu e foi devidamente refutada.

(§ 4º) *Induzir o adversário a aceitar pré-silogismos*, principalmente quando muitos e expostos de maneira confusa e desordenada, é ferramenta utilizada para dificultar a refutação da conclusão final. Trata-se de técnica muito eficaz na comunicação oral, mas que exige elevado poder de organização mental por parte do falante. Afinal, é preciso que distancie, o máximo passível, da conclusão final, as conclusões parciais alcançadas com os pré-silogismos. Estas conclusões parciais devem ser tão óbvias quanto possível, de modo a evitar qualquer refutação do adversário. Em determinado momento da argumentação, passam a ser utilizadas como premissas para embasar a conclusão final. Caso o adversário não tenha percebido a artimanha, terá muita dificuldade para convencer o auditório, máxime quando intelectualmente limitado, de que um punhado de proposições positivas pode resultar numa conclusão negativa. Tem grande utilidade no Tribunal do Júri, que é pródigo em valorizar a retórica em detrimento da justiça. O grande Fernand Payen, aliás, antigo advogado da Corte de Apelação de Paris, já nos falava da dificuldade em evitar o "escamotear das objeções, fazendo de quatro argumentos quarenta, e que o Júri, pouco a pouco, fique como um inseto numa teia de aranha, envolvido nos fios conjugados da argumentação vertiginosa".

(§ 5º) O *uso intencional de premissas falsas* pode ajudar a superar a negativa do adversário em aceitar as premissas verdadeiras, quer por desconhecê-las, quer por constatar que a conclusão contrária aos seus interesses será naturalmente alcançada caso venha a reconhecer a correção destas premissas.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.292, entendeu que não ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição. Esse acórdão foi influenciado por argumentos consequencialistas, baseados na riqueza do sistema recursal brasileiro e na sensação de impunidade que o abuso no manejo desses recursos traz para a

população. É intuitivo que a tese é no mínimo audaciosa, já que se distancia dos limites semânticos do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Não bastasse isto, ainda desconsidera convenções internacionais encampadas pelo Estado brasileiro.

Ao constatarem a preponderância do argumento consequencialista, muitos defenderam que o pronunciamento dos tribunais superiores, antes da decretação da prisão, era necessário em razão do elevado percentual de reforma das decisões condenatórias proferidas pelas instâncias locais. O sistema então vigente, portanto, longe de conduzir à impunidade, evitava a punição de inocentes. Alguns falavam em 60% de reformas, outros em 30%, e um Ministro, durante o julgamento, chegou a falar em 25%. Esse tipo de argumento é nitidamente imprestável para a discussão, pela singela razão de não termos, em nosso País, estatísticas minimamente sérias a respeito desta temática. A só disparidade dos percentuais indicados aponta para a necessária falsidade de todos eles com exceção de um, que é simplesmente desconhecido até o momento.

(§ 6º) A *formulação de perguntas em desordem*, de modo a encobrir o propósito almejado com as respostas obtidas, é particularmente útil nos procedimentos marcados pela oralidade, em que, ato contínuo à instrução processual, é proferida a decisão. Muitas e pormenorizadas perguntas, formuladas fora de ordem, darão ensejo a respostas desordenadas, permitindo que o falante hábil pince as informações que mais lhe interessem e as transmita na ordem que lhe pareça mais adequada. Se a capacidade de compreensão do destinatário da informação for lenta e limitada, passarão despercebidas as lacunas da argumentação e as contradições que apresenta em relação às informações que o falante voluntariamente deixou de repetir. Esta inversão do método socrático, método este que se baseia na obtenção da verdade a partir do avanço cadenciado de perguntas e respostas, é muito útil no Tribunal do Júri, em que, ato contínuo à inquirição de testemunhas, se passa aos debates e à fase decisória.

(§ 7º) *Encolerizar o adversário* é técnica que pode simplesmente impedir qualquer resposta minimamente razoável. A injustiça extrema e a humilhação pública são devastadoras para o *homo medius*. Somente pessoas dotadas de grande equilíbrio emocional conseguem reestruturar-se após sofrerem um ataque desta natureza. Os juristas, mais especificamente aqueles que o mérito próprio e a paulatina ação do tempo terminaram por consagrar, devem ser muito comedidos em suas críticas. Errar a dose pode abreviar a carreira de um jovem opositor. O comedimento não deve ser afastado, mesmo que o opositor, inflado pelos arroubos da juventude, tenha sido movido pelo propósito de pôr-se à luz às custas do mestre consagrado.

(§ 8º) *A manipulação semântica* tem o objetivo de designar o objeto a partir de uma metáfora que mais favoreça os nossos interesses, despertando sentimentos positivos ou negativos em determinado público alvo.

Esse tipo de técnica tem sido fartamente utilizado no ambiente legislativo, tencionando gerar na opinião pública a simpatia ou a repulsa a determinada proposição legislativa. A PEC nº 37/2011, por exemplo, dispunha que somente a polícia judiciária

poderia investigar a prática de infrações penais, o que impediria que o Ministério Público exercesse esta atividade, possibilidade, aliás, que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Esta proposição recebeu a alcunha de "PEC da Impunidade" e terminou por ser rejeitada com o apoio popular. O objetivo oposto também é possível. A PEC nº 82/2007 almeja atribuir autonomia administrativa, orçamentária e financeira às estruturas orgânicas que formam a advocacia pública. Os seus idealizadores, cientes da importância das metáforas, atribuíram-lhe a pitoresca alcunha de "PEC da Probidade", como se o assunto tivesse algo a ver com a probidade administrativa referida em dois preceitos da Constituição de 1988. O fim almejado, como se percebe, é o de gerar uma impressão favorável junto à opinião pública.

A manipulação semântica também é campo propício para o uso da figura de linguagem conhecida como eufemismo. Policiais, por exemplo, não praticam violência contra o criminoso recalcitrante, *fazem uso de energia*; e não invadem domicílios em comunidades carentes, *são convidados a entrar pelo morador*. Os exemplos, enfim, são múltiplos.

(§ 9º) *A alternativa forçada* tem por objetivo limitar o poder de escolha do nosso adversário, conduzindo-o à opção que mais nos favoreça para que não receba a pecha de contraditório ou injusto. Para tentarmos justificar a prática de violência dos pais contra os filhos, o que foi vedado pela Lei nº 13.010/2014 ("Lei da Palmada" – metáfora bem útil para realçar os objetivos da norma), perguntamos com grande alarde ao nosso adversário: os pais devem educar os filhos ou não? Se ele responde que não, será evidente o seu equívoco. Se responde que sim, interrompemos sua fala, antes que ressalte a impossibilidade de uso da violência, e afirmamos que educar é educar, o que não permite chamar de violento o ato de desferir algumas "palmadinhas". Aqui, como lembrado por Schopenhauer, aproximamos o negro do branco e tornamo-lo cinza e, com um pouco de sorte, branco.

(§ 10) *O uso intencional da mutatio controversiae* pode ser visto como verdadeira saída de emergência. Quando se percebe que a argumentação do adversário vai subjugar-nos de maneira fragorosa, busca-se interromper o seu rumo, evitando-se que chegue ao final ou, mesmo, que avance ao ponto de ter a sua supremacia percebida pelos ouvintes. A interrupção pura e simples tende a ser descortês, atraindo uma imagem negativa para o seu autor. O melhor a fazer, portanto, seria direcionar as forças a um assunto periférico, conexo ao principal e no qual se tenha maior chance de êxito, nele prosseguindo com a argumentação.

Uma variação da *mutatio controversiae* é encontrada na conduta de alguns candidatos em concursos públicos. Muitos recebem a orientação de que, nas provas escritas, devem inaugurar a sua resposta valendo-se de uma pomposa redação afeta à área de concentração da respectiva banca examinadora. Até aí nada de mais. O problema é que, em muitos casos, a tal redação está desconectada da pergunta que devem responder. Este proceder, que tanto pode ser ingênuo como mal-intencionado, muitas vezes sequer é acompanhado da resposta ao questionamento formulado. Um examinador sério não vê com bons olhos este tipo de comportamento.

3. À Guisa de Conclusão

Não é preciso lembrar ou explicar o quão complexo é o conceito de verdade. O seu caráter absoluto ou relativo, temporal ou atemporal, objetivo ou subjetivo são apenas alguns aspectos que têm ocupado os estudiosos dessa temática. Apesar da multiplicidade de feições que pode assumir, que variam conforme o paradigma de análise, a dialética erística, por certo, não se afeiçoa ao sincero objetivo de alcançá-la. É um vírus, que contamina e macula a verdade, podendo chegar ao extremo de fazê-la sucumbir.

Conhecer alguns dos estratagemas comumente utilizados é de grande utilidade para compreendermos as técnicas de deturpação e encobrimento da verdade. Utilizá-las, ou não, depende dos padrões éticos que cada um de nós decide adotar em sua vida. A glória momentânea, embora suficiente para massagear o ego dos mais vaidosos, dificilmente produzirá bons frutos, máxime quando os estratagemas utilizados puderem ser identificados com alguns poucos minutos de reflexão suplementar, que, cedo ou tarde, será realizada pelos demais participantes do debate.

Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil

Fredie Didier Jr.*
Daniela Bomfim*

Sumário

1. Considerações Teóricas sobre os Negócios Jurídicos. 1.1. A Teoria do Fato Jurídico como uma Teoria Parcial do Direito. 1.2. Sobre o Conceito de Negócio Jurídico. 1.3. Sobre os Negócios Jurídicos Processuais. 2. Colaboração Premiada: Noções Gerais e Natureza Jurídica. 3. Sobre o Juízo de Homologação da Colaboração Premiada. 3.1. Considerações Gerais. 3.2. Considerações Específicas. 3.3. A Retratabilidade do Negócio. 4. A Possibilidade de Controle de Validade da Decisão Homologatória do Contrato de Colaboração Premiada. 5. A Legitimidade de Terceiros Eventualmente Atingidos para a Propositura de Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada. 6. O Interesse de Agir na Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada. 7. A Inexistência de "Preclusão", pela não Interposição de Recurso pelo Terceiro, quanto ao Direito ao Controle de Validade da Decisão Homologatória. 8. Conclusões.

Resumo

Em um primeiro momento, o presente artigo busca identificar, à luz da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013. Na sequência, analisa a possibilidade de controle de validade, por meio de demanda autônoma, do negócio de colaboração e da decisão homologatória. Demais disso, enfrenta as questões da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir de terceiros eventualmente atingidos pelo negócio de colaboração. Ainda, trata da questão da inexistência de preclusão quanto a eventual direito de invalidar a decisão homologatória em razão da não interposição de recurso em face desta última.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

* Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

Résumé

Dans un premier moment, cet article identifie la nature juridique de l'institut de la "colaboração premiada" prévu dans la Loi brésilienne 12.850/2013, à la lumière de la théorie du fait juridique. Ensuite, il analyse la possibilité du contrôle de validité ayant comme objet le pacte de collaboration et la décision judiciaire d'homologation, qui pourrait être exercé par une demande propre. En plus, l'article s'agit des questions de la légitimité et l'intérêt d'agir par rapport aux tiers affectés par le pacte de collaboration. Encore, il aborde la question de l'inexistence de préclusion quant au droit d'invalidation du pacte et de la décision d'homologation, au cas où les tiers n'introduirait pas un recours contre la décision mentionnée.

Palavras-chave

Processo Penal. Colaboração Premiada. Controle de Validade.

Mots-clés

Procédure Pénale. "Colaboração Premiada". Contrôle de validité.

1. Considerações Teóricas sobre os Negócios Jurídicos

1.1. A Teoria do Fato Jurídico como uma Teoria Parcial do Direito

A Teoria Geral do Direito é um sistema de conceitos e enunciados universais e gerais que tem como objeto o fenômeno jurídico. Os conceitos gerais do direito, conceitos jurídicos fundamentais, não pertencem a um dado sistema jurídico positivo nem a determinados ramos do direito.

Distinguem-se, pois, dos conceitos jurídico-positivos. Os conceitos jurídicos positivos[1] são aqueles relativos a diferentes sistemas jurídico-positivos, conjunto de normas jurídicas em vigor em um determinado momento em uma determinada sociedade.[2]

Diferentemente, os conceitos *jurídicos fundamentais* são decorrentes dos elementos constantes destes sistemas, que, em sua plataforma comum, são compostos por um certo número de constantes, como os conceitos de poder e sanção, e de uma certa estrutura do pensamento jurídico. Segundo Jean-Louis Bergel, a teoria do direito é uma construção intelectual metódica e organizada baseada na observação e explicação de diversos sistemas jurídicos e destinada a definir os enunciados da construção e aplicação do direito.[3]

Na estrutura do fenômeno jurídico, não há apenas as normas jurídicas, mas os fatos – e os fatos qualificados como jurídicos – e as situações jurídicas (sentido lato).

---

[1] *Cf.* TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho.* 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94; SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho.* 19ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 12.

[2] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4 éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 02.

[3] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*, *cit.*, p. 04.

Assim, os conceitos de fato jurídico (em sentido lato), direitos subjetivos, relações jurídicas, invalidade, entre outros, são conceitos gerais sobre o fenômeno jurídico. Vale dizer: cuida-se de conceitos que não são relativos aos direitos positivos brasileiro e/ou francês nem tampouco que pertencem ao ramo do direito processual, do direito civil ou do direito penal. São conceitos que compõem a Teoria Geral do Direito.

A teoria do fato jurídico é um sistema de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer direito positivo e qualquer ramo do direito. Cuida-se de teoria composta por conceitos *jurídicos fundamentais* (daí ser uma teoria com pretensão de universalidade) relativos ao fenômeno jurídico. É uma teoria parcial que compõe a Teoria Geral do Direito, já que objeto desta teoria parcial é decorrente da decomposição abstrata do objeto desta última.

A teoria do fato jurídico é uma teoria que não concerne a um direito positivo dado. As teorias parciais – também elas – podem ser classificadas em gerais, particulares e individuais. A teoria do fato jurídico é uma teoria parcial geral. Os conceitos de fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, por exemplo, são comuns a todos os sistemas jurídicos.

Ademais, trata-se de conceitos que não pertencem aos ramos do direito público ou do direito privado. O conceito de fato jurídico é referente ao direito administrativo (os fatos jurídicos administrativos em sentido amplo), ao direito civil, ao direito penal (o crime é um fato jurídico), ao direito tributário (fato gerador é um fato jurídico), ao direito processual (os fatos jurídicos processuais em sentido amplo).

Em síntese, a teoria do fato jurídico é parte da Teoria Geral do Direito e, assim, precede os diversos ordenamentos jurídicos e os diversos ramos do direito.

1.2. Sobre o Conceito de Negócio Jurídico

Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos. Vale dizer: eles são inseridos no mundo do direito para serem idôneos a irradiar efeitos jurídicos (situações jurídicas em sentido lato). Como afirma Pontes de Miranda: "para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sôbre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os 'jurídicos'."[4] O conceito de fato jurídico é jurídico fundamental, pois serve para a compreensão de qualquer direito positivo.

Os fatos jurídicos existem no mundo jurídico, que é componente do mundo (conjunto de fatos da vida). Todo fato jurídico é fato da vida (juridicizado), mas nem todo fato da vida é jurídico. É preciso que haja a incidência normativa.[5] Dos fatos jurídicos – e apenas deles – decorrem os efeitos jurídicos. Relações jurídicas estruturadas

[4] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. I, p. 06. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: "a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico." (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71)

[5] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, *cit*., p. 05; MELLO, Marcos Bernarde de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit*., p. 09/10.

por direitos, deveres, estados de sujeição são efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos, não apenas de fatos da vida, não apenas de norma jurídica.[6]

O fenômeno jurídico pode ser decomposto em fenômenos componentes, como o fenômeno de apreensão do fato pela norma (ou de incidência da norma) e o fenômeno de irradiação dos efeitos jurídicos. No primeiro, estamos no plano da existência do mundo jurídico; no segundo, no plano da eficácia.

Os negócios jurídicos são espécies de fatos jurídicos (em sentido amplo).

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como aquele "que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção"[7]. Os elementos nucleares do suporte fático influem diretamente na existência do fato jurídico.

Pontes de Miranda explica que o ato humano é fato produzido pelo homem, às vezes, mas não sempre, pela vontade do homem. Se é relevante para o direito a relação fato, vontade e homem, é a vontade exteriorizada que é cerne do suporte fático juridicizado. Cuida-se de ato jurídico em sentido amplo. Se, entretanto, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (há a relação apenas entre fato e homem, excluindo-se a vontade), é o fato do homem que entra no mundo jurídico por força da juridicização, como ato-fato jurídico.[8]

"Os atos jurídicos em sentido lato são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana, que tenha por objeto a obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível"[9]. Aqui, "o ato humano entra no mundo jurídico como ato"[10], e não como fato do homem. A vontade exteriorizada é cerne do suporte fático.

Dessa forma, o ato jurídico em sentido amplo seria caracterizado por três elementos: *(i)* um ato humano volitivo, vale dizer, uma conduta que represente a exteriorização de uma vontade, juridicamente relevante, razão por que figura como cerne do suporte fático de dada norma jurídica (suporte fático abstrato); *(ii)* a consciência da exteriorização da vontade (vale dizer: o intuito de realizar a conduta); *(iii)* que o ato se dirija à obtenção de um resultado (o ato jurídico há de ser, ao menos, potencialmente eficaz).[11] Ressalte-se que apenas os atos jurídicos em sentido lato são submetidos ao plano da validade (não o são os fatos jurídicos em sentido estrito, os ato-fatos jurídicos e os atos ilícitos).

O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o *negócio jurídico*.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não atua, em nenhuma medida, quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Cuida-se de efeitos preestabelecidos pela norma

---

6 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, *cit.*, p. 07 e 17.
7 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 49.
8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 372/373, t. II.
9 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 138.
10 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, *cit.*, p. 395.
11 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 139 e *seq.*

que não podem ser objeto de escolha pelo figurante, ou seja, efeitos necessários. Segundo Pontes de Miranda, "a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e consequente."[12]

Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e à eficácia do ato jurídico. A exteriorização da vontade não apenas é elemento cerne do núcleo do suporte fático, como ela também atua em ato de escolha, em maior ou menor medida, a depender dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico, no âmbito da eficácia jurídica.[13]

Negócio jurídico, portanto, não é conceito coincidente ao de exteriorização da vontade. Negócio jurídico é fato jurídico, fato qualificado pela incidência normativa. A vontade exteriorizada é elemento do seu suporte fático; é fato da vida.[14] Nem toda vontade exteriorizada será apreendida pelo direito – terá relevância jurídica; nem toda vontade exteriorizada que tenha relevância jurídica será apreendida como suporte fático de negócio jurídico.[15]

"Tão-pouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser 'clara' (=declarada)".[16] É possível que a exteriorização da vontade seja decorrente da interpretação das circunstâncias, dos sinais, do caso concreto. Nesta hipótese, haveria "atuação de vontade", que Pontes de Miranda também chama de manifestação de vontade.[17]

A (exteriorização da) vontade não atua apenas como pressuposto de existência do negócio jurídico, mas ela atua também, em alguma medida, na escolha da eficácia

---

[12] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, *cit.*, p. 447.

[13] Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: "[...] o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficacial das relações jurídicas que nascem do ato jurídico." (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano da existência, *cit.*, p. 148/149.)

[14] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 03, t. III.

[15] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 04.

[16] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 04.

[17] Sobre as formas de exteriorização de vontade que podem ser juridicizadas como pressupostos de negócios jurídicos, Pontes de Miranda afirma que podem abranger a manifestação da vontade (atos de vontade adeclarativos) e a declaração de vontade, que poderia ser, por sua vez, expressa ou tática. Nas declarações de vontade, tem-se "clara" a vontade (e o seu conteúdo), ou porque ela foi expressamente declarada ou porque a lei ou as circunstâncias haviam preestabelecido o significado do silêncio. Nas manifestações de vontade, "o ato é indício de vontade". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 04/07). Marcos Bernardes de Mello identifica as declarações tácitas como "manifestações de vontade". Exteriorizações poderiam ser manifestações (exteriorizações tácitas) e declarações (exteriorizações expressas). (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 141/142.) Paulo Mota Pinto vale-se da dicotomia declaração tácita/declaração expressa no sentido que costuma ser atribuído à dicotomia manifestação/declaração, ressaltando que a diferença, nesse particular, seria apenas terminológica. Nega o autor a doutrina dos negócios sem declaração (os chamados negócios de vontade), mas, como ressalta, adota um conceito amplo de declaração. Adotando a concepção ampla de declaração, o autor distingue as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais. A distinção também se baseia na preexistência de uma relação semântica entre o significante e significado. (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 543 e *seq.*) A controvérsia reside, portanto, em questões terminológicas, em razão de adotar-se um conceito restrito ou amplo de declaração. Não se deve, aqui, permanecer nela. O que se deve atentar é o seguinte: compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).

que lhe será decorrente. É preciso deixar claro: os efeitos não decorrem da vontade, quer seja esta considerada em sua concepção subjetiva, como elemento psíquico, quer seja ela considerada em sua concepção objetiva, como exteriorização da vontade.

Por isso, como destaca Marcos Bernardes de Mello, a clássica controvérsia entre os adeptos da teoria da vontade (teoria subjetiva) e da teoria da declaração (teoria objetiva) esvazia-se diante da distinção entre a exteriorização de vontade, pressuposto fático, e o negócio jurídico, conjunto de fatos juridicizado. Ambas as teorias – subjetiva e objetiva – são marcas do voluntarismo e do seu contexto ideológico liberal.[18]

Os efeitos jurídicos, como visto, decorrem dos fatos jurídicos e não dos fatos apenas, e não das normas apenas. Os efeitos jurídicos negociais decorrem dos negócios jurídicos e não de um dos seus pressupostos fáticos. Isso não torna irrelevantes os fatos da vida e a previsão normativa. Ao contrário, sem os fatos da vida, não há incidência normativa, não há fato jurídico; sem a previsão normativa que possibilite a irradiação da eficácia, ainda que se dê algum poder de escolha ao sujeito, não há tal irradiação.

A irradiação dos efeitos jurídicos negociais depende, assim, do sistema jurídico e das normas que o compõem. *O autorregramento da vontade apenas pode atuar onde o sistema lhe deixa espaço para tanto.*

Como ensina Pontes de Miranda, o sistema jurídico apenas põe no seu mundo (jurídico) parte da teia de relações fáticas inter-humanas e interesses a elas relacionados. Ainda quando faz entrar no mundo jurídico a atividade humana ou parte dela, "não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum"[19].

Conclui o autor ser o autorregramento da vontade, expressão que, segundo ele, deve prevalecer às expressões "autonomia da vontade" e "autonomia privada", este "espaço deixado às vontades sem se repelirem do jurídico tais vontades".[20] Tal espaço deixado pelo sistema jurídico à vontade humana caracteriza-se por *(i)* ser relevante ao direito e *(ii)* por ser interior às linhas traçadas pelas normas jurídicas cogentes.[21] É o próprio sistema jurídico que concede, em caráter geral, o poder de o sujeito regular os seus próprios interesses, quando lhe é permitido pelo sistema e dentro dos limites por ele previstos.

A vontade humana não é ilimitada e não depende dela o que entra ou não no mundo jurídico. É o sistema que "limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados".[22] É também o sistema jurídico que limita os efeitos ou as categorias de efeitos jurídicos que podem ser criados. Só há poder de escolha de eficácia jurídica quando o sistema jurídico deixou espaço para tanto.

Pontes de Miranda, no que diz respeito à amplitude da atuação da escolha do sujeito no âmbito da eficácia jurídica, trabalha com os conceitos de cogência absoluta e cogência relativa. Há cogência absoluta quando o sistema jurídico preestabelece, de

[18] MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit*., p. 161/164.
[19] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 54.
[20] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 54.
[21] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 55.
[22] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit.*, p. 55/56.

modo claro e irremovível, as relações jurídicas que serão irradiadas quando incidir a norma jurídica e configurar-se o fato jurídico. Há cogência relativa quando o sistema cria tipos, categorias, de efeitos jurídicos, de relações jurídicas, entre as quais se pode escolher o que convém. "Aqui, a escolha entre os tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma outra, respeitados os limites", os limites que o próprio sistema impõe.[23]

Marcos Bernardes de Mello acrescenta, ainda, a ideia da maior ou menor indeterminação normativa para regular a amplitude do poder de autorregramento da vontade. Quanto maior a indeterminação normativa, porque menos específica, maior seria o âmbito de atuação do autoregramento dos interesses pelo sujeito, sempre respeitados os limites impostos sistematicamente.[24]

O conceito, portanto, de negócio jurídico pode ser decomposto da seguinte forma: *(i)* cuida-se de espécie de ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização da vontade é cerne do núcleo do seu suporte fático; *(ii)* a vontade exteriorizada atua também no exercício do poder de escolha no âmbito da eficácia jurídica, dentro dos limites predeterminados pelo sistema jurídico. Há, no mínimo, poder de escolha de categoria jurídica eficacial; pode haver escolha do conteúdo e estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas.[25]

O conceito de negócio jurídico não é restrito ao âmbito do direito privado. Como visto, os conceitos da teoria do fato jurídico são conceitos lógico-jurídicos e são aplicáveis em todos os âmbitos do Direito. O contrato administrativo nada mais é do que um negócio jurídico de direito administrativo; a colaboração premiada é um negócio jurídico celebrado no âmbito do direito penal e processual penal; a desistência da demanda é um negócio jurídico processual.

É, neste sentido, inclusive, que Pontes de Miranda crítica o termo "autonomia privada". Diz: "Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo."[26]

1.3. Sobre os Negócios Jurídicos Processuais

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais[27]. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação[28]. A exteriorização de vontade do sujeito que implica o exercício de um poder de regular, em maior ou menor medida, o conteúdo de situações jurídicas processuais significa a existência de um negócio jurídico processual.

---

[23] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit*., p. 56.
[24] MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit*., p. 179.
[25] MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit*., p. 184.
[26] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, *cit*., p. 56.
[27] DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59/60.
[28] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

No âmbito do direito processual civil, o Código de Processo Civil de 1973 já previa alguns negócios jurídicos processuais (negócios jurídicos processuais típicos), como é o caso da desistência (art. 267, VIII). Barbosa Moreira, em seu trabalho "Convenções das partes sobre matéria processual", já reconhecia a referência legal a convenções processuais (expressão utilizada pelo autor), como da cláusula de eleição de foro, convenções sobre suspensão do processo, adiamento da audiência por convenção das partes etc.[29]

O Código de Processo Civil de 2015 veio consagrar um contexto de transformação do direito processual civil brasileiro[30]. O CPC de 2015 é, essencialmente, novo; ele consagra uma nova ideologia do processo civil, em que a figura do juiz perderá espaço para a figura das partes. É possível que seja chamado de Código das Partes. O CPC de 2015 contém previsão expressa da atipicidade do negócio jurídico processual – art. 190. Cuida-se de uma cláusula geral, cláusula geral do negócio jurídico processual.[31]

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial, há pelo menos o negócio jurídico processual[32] de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.

No âmbito do direito processual penal, a previsão do art. 89[33] da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) é um exemplo de negócio jurídico processual penal *típico*. Cuida-se de negócio formado pela proposta do Ministério Público (vontade exteriorizada) aceita pelo acusado, assistido de seu defensor, (vontade exteriorizada) com a participação do juiz, por meio do qual as partes exteriorizam a sua vontade para

[29] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In: Temas de direito processual civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87.

[30] Barbosa Moreira, no início da primeira década do século XXI, já alertava sobre a transformação ideológica decorrente da crise do modelo publicista do processo (*cf.* MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. *In: Temas de direito processual civil*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37/39). Sobre o histórico dos modelos ideológicos, sob a perspectiva da força da vontade das partes no processo, *cf.* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UERJ, 2014, p. 55 e *seq*.)

[31] No CPC de 2015, além da previsão da atipicidade do negócio processual, há também negócios processuais típicos: a eleição negocial do foro (art. 63), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º), a renúncia ao prazo (art. 225), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), organização consensual do processo (art. 357, §2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I), a desistência do recurso (art. 999) etc. Todos são negócios processuais típicos.

[32] Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte "quer" do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, *cit*., p. 318 ss.). A ideia parece correta e a ela aderimos. Em *sentido diverso*, entendendo que a postulação é um ato jurídico em sentido estrito, OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

[33] "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades."

suspender o processo para que, durante o período de suspensão, o acusado tenha a oportunidade de cumprir determinadas condições para a extinção da punibilidade.

As partes exteriorizam a vontade, que, aqui, não apenas é elemento fático do ato jurídico, mas que também atua na escolha, dentro dos limites preestabelecidos, da categoria jurídica e seu conteúdo (há escolha, no mínimo, pela suspensão do processo e seu período). O negócio é processual, já que a vontade exteriorizada atua no âmbito das situações jurídicas processuais; o que se pactua é a suspensão do processo, e não a suspensão de eventual pena.

2. Colaboração Premiada: Noções Gerais e Natureza Jurídica

A Lei nº 12.850/2013 prevê modalidade de colaboração premiada, por meio da qual, de um lado, o Ministério Público ou o delegado de polícia (com a participação do Ministério Público) e, do outro, o acusado (assistido por seu defensor) exteriorizam as respectivas vontades para celebrar o "acordo de colaboração", expressão utilizada pelo próprio diploma legislativo.

A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 é um negócio jurídico. Veja-se.

O seu suporte fático tem, em seu núcleo, como elemento cerne, a vontade exteriorizada das partes, que, no caso, são *(i)* delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, ou apenas o Ministério Público, e *(ii)* acusado, assistido por seu defensor. O juiz não é parte no negócio; ele não exterioriza a vontade jurisdicional para a sua formação. O órgão jurisdicional atua em momento posterior, no juízo de homologação do negócio, fator de eficácia negocial.

É o que diz, inclusive, o §6º do art. 4º da Lei:

> O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

De um lado, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º), exteriorizam a sua vontade como parte relacionada ao direito de persecução, em favor da sociedade. *Sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial inexiste acordo de colaboração*. Sobre a capacidade negocial do delegado de polícia, cuidar-se-ia de (in)capacidade relativa específica, já que é imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar do suporte fático negocial.[34]

[34] Como ensina Marcos Bernardes de Mello, "diferentemente dos elementos completantes, os complementares não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato defendem a inconstitucionalidade dos parágrafos segundo e sexto do artigo quarto da lei, já que, segundo argumentam, eles transformariam o delegado de polícia em sujeito processual.[35] Não parece a melhor posição. A lei atribui ao delegado de polícia capacidade negocial – e ainda exige a sua complementação – apenas nos autos do inquérito policial, em que o delegado já é titular de poderes (situações jurídicas ativas) relativos à investigação e colheita de provas quanto à autoria e materialidade do delito. A colaboração premiada, que tem como fim, nesse particular, justamente a colheita de prova, não transforma o delegado em legitimado para propor a demanda penal; ele apenas terá capacidade negocial – desde que complementada pela participação do Ministério Público – justamente tendo como fim a investigação.

Do outro lado, para a formação do negócio de colaboração, exige-se a exteriorização de vontade do investigado/acusado colaborador. A lei também se refere à participação do seu defensor, mas não parece que ele seja, essencialmente, parte no negócio, mas, sim, assistente do acusado. Aqui também, o investigado/acusado é incapaz relativamente e, por isso, tem de ser assistido pelo seu defensor, para que este possa orientá-lo sobre o significado e consequências da vontade que será exteriorizada. Sem a exteriorização de vontade do investigado/acusado inexiste negócio jurídico.

Como se vê, a exteriorização de vontade é elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico, que, então, já pode ser qualificado como um ato jurídico em sentido amplo.

Mas é possível ir além. A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficacial, dentro dos limites traçados. O ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema.

As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo.

Em razão do negócio e da prestação de colaboração, o colaborador obriga-se a renunciar ao direito ao silêncio.[36] É o que diz o §14 do art. 4º: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio

se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 52).

[35] BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa.* Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122/123.

[36] Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci: "havendo acordo homologado, atuando como testemunha (hipótese em que recebeu perdão judicial, encontrando-se extinta a sua punibilidade), deve o colaborador, ao ser ouvido em juízo, renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio, compromissando-se a dizer a verdade (art. 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013). Não teria sentido pretender cooperar invocando o direito de permanecer calado. [...] No entanto, se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer a verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois se o fizer infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito." (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70/71).

e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade." Há, também, definição da consequência jurídica que tem como fim a extinção do direito ao silêncio, que, se invocado, seria incompatível com a obrigação de colaboração assumida.

Obrigação de colaboração e a consequente obrigação de renúncia ao direito ao silêncio são consequências jurídicas definidas em razão do ato de escolha dos negociantes.

As partes também negociam e definem a consequência jurídica que será irradiada em favor do colaborador (a vantagem que irá obter em razão da prestação de colaboração); em razão da prestação a que se obriga, o colaborador terá como vantagem um tipo de decisão material penal (que haverá com a homologação do acordo), que poderá ser de perdão judicial, de redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por restritiva de direitos.

O benefício que se pactua em favor do colaborador é consequência jurídica definida em razão do acordo de vontades celebrado. Também o seu conteúdo é definido, dentro dos limites deixados pelo sistema, pela vontade exteriorizada das partes: o benefício pode ser um entre as três opções previstas legalmente.

Essas são as principais consequências jurídicas decorrentes do ato de escolha de categoria jurídica e, no que for possível, do seu conteúdo. Demais disso, do ato de escolha das partes pode decorrer a suspensão do procedimento investigativo ou do processo penal (com a suspensão de prazo prescricional) a fim de que, durante o prazo de suspensão, sejam cumpridas as medidas de colaboração. É o que está dito no § 3º do art. 4º. A suspensão do inquérito ou do processo penal não será automática; ela decorre, justamente, da atuação da vontade no âmbito da eficácia do ato jurídico em sentido amplo.

A vontade, portanto, não é apenas pressuposto fático do ato jurídico, mas ela também atua no âmbito de sua eficácia, no âmbito da escolha de categoria eficacial e de seu conteúdo, sempre dentro dos limites traçados pelo sistema.

Cuida-se, pois, claramente, de um negócio jurídico.

A natureza negocial da colaboração premiada é reconhecida, corretamente, pela própria lei, que se vale de expressões como "negociações", "acordo de colaboração", "voluntariedade", "homologação de acordo". Os termos utilizados são indicativos de que o sistema deixou, aqui, espaço para o exercício do autorregramento da vontade (não se pode esquecer que o sentido literal possível é o início do processo de interpretação).

O fato de as consequências serem permitidas legalmente não retira a característica negocial do ato. Ao contrário, o permissivo expresso à criação de tais situações jurídicas em razão da atuação da vontade das partes é, justamente, a atribuição de poder negocial para que as partes possam celebrar o negócio de colaboração.

O espaço do autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder de escolha, em menor ou maior medida, das categorias eficaciais e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do

direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema.

Toda situação jurídica decorre da incidência normativa. Isso não muda com o fato de poder ser ela objeto de negócio jurídico processual. Negócio jurídico é fato jurídico, decorrente da incidência normativa. A vontade atua, em maior ou menor medida, no exercício de escolha cujo espaço é atribuído ao sujeito.

É atécnico falar, quanto a qualquer negócio jurídico, que a vontade cria efeito jurídico, assim como é atécnico falar que efeito jurídico decorre de lei. Efeito jurídico decorre de fato jurídico, que se forma com a incidência normativa. A consequência jurídica irradiada deve estar prevista ou, ao menos, admitida pelo sistema.

Como ensina Marcos Bernardes de Mello, "a norma jurídica, entretanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é que define qual a eficácia que terá o fato jurídico"[37]. E, na sequência, sobre a amplitude do poder de autorregramento da vontade, "o que, porém, não nos parece possível é a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema"[38]. O exercício de autorregramento não cria nova categoria de efeitos jurídicos; cuida-se de poder de escolha, que pode atuar também quanto à estruturação e ao conteúdo, mas sempre de situações jurídicas admitidas pelo sistema.

A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 é, assim, um negócio jurídico. E mais. É um negócio jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade de duas partes: a do Ministério Público ou do delegado de polícia, complementada pela manifestação do *Parquet*, e a do colaborador. O órgão jurisdicional, como visto, não é parte no negócio; ele não exterioriza a sua vontade para a sua formação. A atuação do órgão jurisdicional corresponde ao juízo de homologação; ela atua no âmbito da eficácia do negócio, e não de sua existência.

É possível ir ainda mais além.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum[39].

A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado.

De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação

[37] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.,* p. 167.
[38] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano da existência, *cit.,* p. 176.
[39] Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* Fernando de Miranda (Trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costume significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abra mão do direito ao silêncio.

Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar.

Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso.

Os contratos bilaterais são aqueles dos quais decorrem deveres de prestar principais para ambas as partes, estas entendidas como polos de interesses homogêneos formados pelos sujeitos que exteriorizaram a sua vontade para a formação do negócio jurídico. Tais deveres de prestar estão em relação causal recíproca: um é a razão de ser da outra. No contrato de compra e venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a transferir a propriedade porque receberá o preço, o comprador obriga-se a pagá-lo, porque irá receber a propriedade. Esta dependência recíproca entre as obrigações é o sinalagma; por isso, os contratos bilaterais são também chamados de sinalagmáticos. Dos contratos unilaterais, por sua vez, decorre dever principal de prestar apenas para uma das partes; é o caso, por exemplo, da doação e do comodato.[40]

Os contratos também podem qualificar-se como onerosos ou gratuitos. Nesta classificação, analisa-se a existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo de interesses. Nos contratos onerosos, cada parte visa obter uma vantagem e, logo, terá uma desvantagem, correspondente ao proveito da outra; no contrato gratuito, apenas uma das partes obterá um proveito. O conceito de contrato oneroso não está, portanto, relacionado à prestação de entregar quantia, mas, sim, à existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo da relação.[41]

Pois bem.

Na colaboração premiada, o colaborador obriga-se a colaborar porque receberá, "em troca", a decisão penal favorável de extinção da punibilidade ou redução ou conversão de pena. Já a parte contrária propõe a decisão penal favorável porque receberá, "em troca", a colaboração efetiva, da qual deverá decorrer, no mínimo, um dos resultados previstos no art. 4º da Lei. Esta reciprocidade entre as parcelas que cabem a cada parte no acordo é que caracteriza o seu sinalagma. Cuida-se, pois, de contrato sinalagmático.

---

[40] *Cf.* GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84/85.

[41] Todo contrato bilateral é oneroso, mas nem todo contrato oneroso é bilateral. O mútuo feneratício é um contrato unilateral, em que o mutuário obriga-se a entregar bem equivalente ao que lhe foi entregue a título de empréstimo e, demais disso, obriga-se a pagar os juros (remuneratórios). É, por sua vez, um contrato gratuito, já que, de um lado, o mutuante fica sem a disponibilidade imediata do bem emprestado (desvantagem), mas receberá os juros (vantagem), do outro, o mutuário terá a disponibilidade imediata da coisa fungível, com transferência de propriedade (vantagem), mas pagará os juros, desvantagem. (*cf.* GOMES, Orlando. *Contratos*, *cit.*, p. 87).

Consequentemente, cuida-se de contrato oneroso: em um polo, o colaborador terá como vantagem a extinção da punibilidade ou a redução ou a conversão de pena, mas, para tanto, terá, como sacrifício, o dever de colaboração, que implica, inclusive, a renúncia ao direito ao silêncio; no outro polo da relação, a parte contrária terá, em favor da coletividade, a colheita de informações e elementos de prova sobre o delito, mas, como contraponto, a sociedade abrirá mão da punibilidade ou da pena correspondente à redução ou conversão.

Por fim, cuida-se de contrato de natureza *mista*: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material.

A obrigação de colaboração tem como fim a colheita de informações e de elementos probatórios, quer na fase investigativa, quer na fase de acusação, no que concerne ao suposto delito. É isso que busca o Poder Público ao celebrar o negócio; sob a perspectiva do Ministério Público ou do delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, esta é a causa do negócio celebrado.

Tanto é que se exige, para que seja efetiva a colaboração prestada pelo colaborador, que dela tenha decorrido, alternativamente, um dos seguintes resultados: *(i)* a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; *(ii)* a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; *(iii)* a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; *(iv)* a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; *(v)* a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. A colaboração só será tida por efetiva, caso dela decorra uma das referidas consequências.

A obrigação de colaborar é uma situação jurídica de natureza *processual*; ela tem como direito correspectivo, titularizado pela parte contrária, o direito à colheita da prova oral. Além disso, como visto, é possível que se pactue a suspensão do inquérito ou do processo penal, também consequências jurídicas processuais. Se presentes os pressupostos do §4º, pode-se, ainda, estabelecer o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, em outras palavras, cuidar-se-ia de renúncia ao direito de denunciar, situação jurídica pré-processual.

Nessa perspectiva, o negócio é processual – ressalvada a hipótese da renúncia ao direito de denunciar –, pois se estabelecem, extinguem ou modificam situações jurídicas processuais.

Na perspectiva da vantagem intencionada pelo colaborador, o negócio é *material*. Por meio dele, pactua-se o perdão judicial, causa de extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal, ou a redução da pena restritiva de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. Com a homologação do pacto, o colaborador terá em seu favor uma decisão judicial penal que lhe é, em alguma medida, favorável – é isso que busca com o negócio celebrado. As situações jurídicas pactuadas têm, nessa perspectiva, *natureza penal material*. Não se referem

ao procedimento de investigação nem ao processo de acusação; elas se referem à aplicação da pena prevista para o delito.

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850.2013 é *(i)* ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; *(ii)* é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; *(iii)* é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; *(iv)* é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

3. Sobre o Juízo de Homologação da Colaboração Premiada

3.1. Considerações Gerais

Como ensina Pontes de Miranda, "homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser". "Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo".[42] A homologação é julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa. Homologar é julgar "sobre o que até então se passou"[43].

O ato de homologação é pronunciamento de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a este último.[44] Na homologação da sentença estrangeira, por exemplo, o modelo comparado é a sentença proferida pela Justiça brasileira.[45]

Na homologação de espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação), quando admitidas, o modelo é o julgamento dos pedidos formulados pelo demandante para que se tenha certificação de existência ou inexistência do direito idôneo a ser revestido pelo manto da imutabilidade. Ao se homologar, assim, a transação, está-se dizendo que o ato praticado pelas partes é homólogo à decisão que julga o pedido, para que se tenha por certificada existência/ inexistência de direitos e deveres, conforme as concessões recíprocas pactuadas pelas partes, formando-se a coisa julgada. Raciocínio semelhante pode ser feito no que concerne ao reconhecimento da procedência do pedido e à renúncia do direito afirmado.

No âmbito do direito processual civil, as espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação)

---

[42] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.
[43] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória, cit.*, p. 410.
[44] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória, cit.*, p. 410-411.
[45] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

são causas de extinção do processo com resolução do mérito (art. 487, III, CPC). A decisão que as homologa equivale (é homóloga) à decisão que julga o mérito do pedido; o juízo de homologação é, justamente, o juízo sobre a satisfação dos pressupostos necessários para tal equivalência. Ocorrendo o trânsito em julgado, há a formação de coisa julgada material.

Essa é, aliás, a razão da diferença de tratamento entre a execução da decisão que homologa acordo e a execução de acordo não homologado; no primeiro caso, execução de título judicial (art. 515, III, CPC); no segundo, execução de título executivo extrajudicial (art. 784, II, CPC). Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título judicial não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, §1º, CPC, quase todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma. Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada material, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz).

A coisa julgada material é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Daí se falar em "autoridade" da coisa julgada. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da demanda, o fenômeno jurídico substancial, inserido no processo por meio de afirmação da demanda e submetido ao contraditório efetivo, será objeto de cognição e decisão pelo órgão jurisdicional. Normalmente, garante-se aos interessados a possibilidade de impugnar essa decisão judicial, seja por recurso, seja outro meio de impugnação.

Sucede que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica material submetida à apreciação e decisão do órgão jurisdicional, o que seria contrário à própria *ratio* da atividade jurisdicional.

Surge, então, a coisa julgada, que é a situação jurídica que garante a estabilidade e imutabilidade da decisão judicial. São dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável. Cuida-se de instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito. Com expressa previsão de tutela constitucional (art. 5, XXXVI, CF), ele garante aos jurisdicionados que a solução final dada à demanda será definitiva, não podendo, em princípio, ser rediscutida, alterada ou desrespeitada, quer pelas partes, quer pelo próprio Poder Judiciário.

A aptidão para formação da coisa julgada é característica da função jurisdicional; a coisa julgada diz respeito exclusivamente a decisões jurisdicionais. Isso não quer dizer que a coisa julgada seja pressuposto da decisão jurisdicional; não é.

Primeiro, porque, em verdade, é a decisão jurisdicional que é um dos pressupostos da coisa julgada material. Sem decisão jurisdicional, inexiste o fato jurídico da coisa julgada material.

Segundo, porque a coisa julgada é uma opção política do Estado. Nada impede que o legislador, em determinadas hipóteses, retire de certas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer, não lhes retira a jurisdicionalidade.

Demais disso, sabe-se que a coisa julgada não é absoluta; cabe ao legislador, ao traçar o seu perfil dogmático, estabelecer as hipóteses, o meio e o prazo para a sua desconstituição (é preciso que tais elementos sejam conhecidos previamente pelos jurisdicionados, sob pena de esvaziamento dos valores segurança e confiança, que, nesse caso, são a própria *ratio* do instituto).

Dessa forma, a aptidão da coisa julgada é característica própria da função jurisdicional, independentemente da matéria que lhe seja objeto (civil, trabalhista, penal etc.). Os pressupostos que irão compor o núcleo do fato jurídico, juntamente com a decisão jurisdicional, as exceções à imutabilidade, as hipóteses de rescindibilidade são questões, por sua vez, que irão depender do regime jurídico próprio da coisa julgada de cada ramo do direito.

Também a situação jurídica de natureza material penal é submetida, por meio da demanda, ao contraditório e à cognição e decisão judicial. O fenômeno jurídico penal somente pode ser constatado e efetivado por meio de um processo judicial devido. Nesse âmbito, com ainda maior razão, não há espaço para a autotutela, considerando os bens jurídicos envolvidos, quer aqueles supostamente violados (e que são tão relevantes a ponto de serem protegidos por norma penal), quer o bem jurídico que poderá ser atingido com a pena, como a liberdade.

A decisão jurisdicional penal também tem aptidão para a formação da coisa julgada material. O direito positivo estipula o regime jurídico da coisa julgada no âmbito do processo penal. Em nosso ordenamento, não cabe a rescindibilidade de coisa julgada material decorrente de decisão penal absolutória; já a decisão condenatória pode ser desconstituída/revista, a qualquer tempo, desde que presente um dos pressupostos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal. Os pressupostos de rescindibilidade são questões do regime jurídico próprio à coisa julgada material penal, questões de direito positivo, portanto, decorrentes de ponderação prévia realizada pelo legislador.

3.2. Considerações Específicas

Como se disse em tópico antecedente, o órgão jurisdicional não é parte no negócio de colaboração premiada. Todavia a lei exige a sua atuação por meio do posterior juízo de homologação. É o que diz o § 7º do art. 4º da lei:

> Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da

> investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

A homologação do negócio jurídico não é pressuposto de existência, mas, sim, fator de eficácia.

O juízo de homologação do negócio é o juízo sobre a presença dos pressupostos necessários para que o ato a ser homologado (no caso, o negócio de colaboração), praticado por sujeitos diversos do órgão jurisdicional, seja homólogo, equivalente, à decisão jurisdicional correspondente. A exigência da homologação, como fator de eficácia do negócio, é consonante com a *ratio* subjacente ao sistema penal, já que, em princípio, caberia ao órgão jurisdicional o juízo de aplicação das consequências penais punitivas. Assim, é preciso que o órgão jurisdicional verifique se estão presentes os pressupostos para que se irradiem os benefícios penais pactuados.

A decisão homologatória equivalerá à decisão penal que concede perdão judicial, extinguindo a punibilidade, ou àquela que aplique redutor de pena restritiva de liberdade ou, ainda, à que converta em pena restritiva de direito. Uma vez transitada em julgado, forma-se a coisa julgada material recobrindo a certificação de tais benefícios.

No que concerne às situações jurídicas processuais estabelecidas em razão do negócio, a necessidade de homologação justifica-se na medida em que a obrigação de cooperação compõe a relação de reciprocidade causal (sinalagma) com os benefícios penais pactuados.

Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio da colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade.

3.3. A Retratabilidade do Negócio

Nesse contexto, deve-se analisar o conteúdo da norma decorrente do §10 do art. 4º do diploma legal citado: "As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor."

A redação do artigo causa divergência na doutrina: há o entendimento de que tal dispositivo possibilitaria a retratação da vontade exteriorizada mesmo após a homologação do negócio; defende-se também que a retratação da vontade seria

possível após a celebração do negócio, mas não depois da sua homologação; um terceiro posicionamento é no sentido de que seria possível apenas a retratação da vontade exteriorizada na proposta, desde que antes de formado o negócio.[46]

A retratação é a exteriorização de vontade do sujeito que tem como efeito extinguir situação jurídica decorrente de uma sua anterior exteriorização de vontade negocial. É o exercício do direito de se arrepender do negócio. A retratação é, pois, negócio jurídico unilateral que tem, em regra, eficácia *ex tunc*, ou seja, ela opera a deseficacização da vontade anterior. Os efeitos que já tiverem sido irradiados serão desconstituídos, se possível; os efeitos ainda pendentes não mais serão produzidos. Em termos práticos, funciona como se a primeira vontade não tivesse sido exteriorizada, porque se possibilita ao sujeito arrepender-se do negócio.

A regra é a irretratabilidade dos contratos, já que eles são celebrados para que sejam cumpridos. Cuida-se de decorrência do princípio da força obrigatória contratual. A retratabilidade é a exceção e deve ser prevista, pelas partes ou por lei. Não se deve presumir a retratabilidade.

Diga-se, ainda, que a retratação não se confunde com o descumprimento; ao contrário, são conceitos que não se comunicam. Retratar é, justamente, poder "desistir" do negócio, de forma que o cumprimento das obrigações decorrentes deixa de ser devido (porque as obrigações deixam de existir, são desconstituídas). A retratação é ato lícito e significa o exercício do direito ao arrependimento, quando este existe.

O descumprimento da obrigação contratual é ato ilícito; a parte que não cumpre as suas obrigações está sujeita às consequências jurídicas do descumprimento. O descumprimento pressupõe que os efeitos irradiados permaneçam constituídos em razão das vontades exteriorizadas, que não foram retratadas.

No dispositivo normativo, consta que "as partes podem retratar-se da proposta". A interpretação do texto normativo deve levar em conta os critérios literal, sistemático e funcional.

Como se sabe, texto e norma não se confundem.

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.[47] Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é significante, e não significado.

Os sentidos literais possíveis são o ponto de partida da interpretação, mas também o seu limite. Quando se ultrapassa tal limite, já não se está mais no âmbito da

[46] Sobre a controvérsia, *cf.* GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação.* Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da lei 12.850/2013. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 309-311.

[47] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-33.

interpretação, mas, sim, da integração.[48] Outros critérios interpretativos serão também tidos em conta: o contexto no qual o texto está inserido (interpretação sistemática); a finalidade e os valores subjacentes (interpretação teleológica) etc.

O texto normativo em análise refere-se à possibilidade de retratação da proposta. Proposta significa exteriorização de vontade por meio da qual o sujeito propõe elementos negociais suficientes para que, uma vez aceita, seja celebrado determinado contrato.

A proposta não se confunde com o negócio jurídico. Proposta é a exteriorização de vontade de uma das partes, ou seja, um dos elementos do suporte fático do negócio jurídico. A proposta, em si, já é negócio jurídico unilateral do qual decorrem efeitos jurídicos; a proposta, em regra, obriga o proponente. A proposta, que já é fato jurídico, pode ser elemento fático de um outro fato jurídico, o negócio jurídico bilateral já formado.

O texto vale-se da expressão proposta, que é exteriorização de vontade unilateral. A expressão "proposta", literalmente, refere-se à unilateralidade do ato. O texto normativo não se utiliza de expressão que tenha como sentido literal possível a bilateralidade, como acordo ou pacto. Atribuir o sentido de negócio jurídico bilateral ao termo que se caracteriza, essencialmente, por sua unilateralidade ultrapassa o âmbito dos sentidos literais possíveis e está dissonante com o sistema posto, que distingue proposta e acordo decorrente de sua aceitação (art. 427 e seguintes do Código Civil).

Mas não é só.

Também dentro do contexto do mesmo diploma legislativo, em outros dispositivos da mesma seção I, o legislador se valeu do termo "acordo" para se referir ao negócio jurídico – é o que se vê na redação dos § 6º, § 7º, § 9º, § 11, todos do art. 4º, do *caput* do art. 6º e do *caput* e do § 3º do art. 7º. Demais disso, no art. 6º, inciso II, o termo "proposta" foi utilizado, corretamente, para se referir à proposta do Ministério Público ou da autoridade policial.

Pelo critério literal e, em princípio, pelo sistemático, considerando o contexto da mesma seção normativa, a expressão "proposta" significaria, de fato, a exteriorização de vontade unilateral do proponente, e não o negócio jurídico contratual já formado e, ainda mais, homologado.

É preciso dizer, entretanto, que, nada obstante a lei utilize, em muitos dos seus dispositivos, o termo "acordo" para tratar do negócio jurídico contratual, em dois momentos, ela parece utilizar o termo "proposta" para significar o negócio jurídico contratual celebrado. É o que se verifica no § 2º[49] e no § 8º[50] do art. 4º. Deve-se dizer também que a redação do § 10 dispõe que as partes (no plural) podem retratar-se. O critério sistemático, assim,

---

48 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451.

49 "Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)."

50 "O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto"

perde alguma força argumentativa na interpretação proposta, mas ainda se encontra mais inclinado ao significado normativo dentro dos limites da literalidade.

De todo modo, parece que, em nenhum dos dois referidos dispositivos, a expressão "proposta" refere-se ao negócio cujas consequências jurídicas já tenham sido acobertadas pela coisa julgada. No caso do § 2º do art. 4º, nada obsta que o benefício do perdão judicial seja posteriormente proposto e aceito pelas partes envolvidas; cuidar-se-á de novo acordo de vontade entre as partes, que deverá ser submetido a novo juízo de homologação. O § 8º do art. 4º, por sua vez, trata do momento anterior à homologação.

Também a partir do critério finalístico, tem-se que o termo "proposta" não deve ser interpretado como negócio jurídico bilateral (muito menos homologado).

Primeiro, porque, como visto, a retratação é a possibilidade de se arrepender do contrato celebrado, que é excepcional e não deve ser presumida. Tendo a colaboração premiada a natureza de contrato, a regra é que, em princípio, ela fosse irretratável. A exceção teria de ser prevista pela lei ou pelas partes.

Segundo, o juízo de homologação tem como fim não apenas o controle dos pressupostos e requisitos do negócio, mas também proceder ao juízo de equivalência com o modelo abstrato considerado, justamente para que as consequências previstas sejam tidas como certificadas pela decisão homologatória e, assim, possam estar acobertadas pela autoridade da decisão jurisdicional.

A decisão homologatória tem a mesma força, deve ser cumprida da mesma forma, deve ter a mesma efetividade, do modelo abstrato que é tido em conta no juízo de homologação. A tutela da segurança e da confiança não se enfraquece porque se tratou de decisão judicial homologatória. Esse é, justamente, o sentido do juízo de homologação. A coisa julgada decorrente não merece menos tutela; é coisa julgada material como qualquer outra e expressa estabilidade e segurança. Já tendo ocorrido a homologação, em princípio, não poderia a coisa julgada ser desconstituída por manifestação unilateral de uma das partes, sendo necessário nova atuação jurisdicional para tanto.

É certo que o legislador poderia prever que determinada decisão não estivesse sujeita à coisa julgada ou que pudesse ser revista a qualquer tempo, mas tais previsões seriam excepcionais. No caso, tem-se que tanto o contrato celebrado como a decisão homologatória têm como *ratio* subjacente atribuir segurança (em graus diversos) ao que foi pactuado. Interpretar "proposta" como "contrato homologado" é contrário a tal finalidade.

Seria uma situação de grande insegurança, notadamente ao colaborador, a previsão de possibilidade de retratação mesmo após a homologação. Seria possível que o Ministério Público procedesse à retratação depois da colaboração já cumprida, o que significaria que a prova já teria sido produzida (e poderia ser utilizada em face de terceiros, nos termos do parágrafo décimo) – e não mais se poderia verificar o retorno ao estado anterior com relação à colaboração já prestada –, mas o colaborador não teria, em seu benefício, a contraprestação pactuada. De outra parte, caso a retratação fosse procedida pelo colaborador, a desconstituição dos efeitos jurídicos e práticos ocorreria para ambos os lados.

A possibilidade de retratação a qualquer tempo, mesmo após a homologação, caracteriza uma situação de grande insegurança e desvantagem apenas a uma das partes, que, no caso, é o investigado ou acusado, que acreditou que, cumprindo a sua parte no acordo, teria o benefício correspondente pactuado. Tal interpretação seria contrária às características de equilíbrio e a onerosidade do contrato.

E ainda. Há também critério interpretativo específico: no âmbito do direito penal, a regra é que a interpretação deva ser restritiva, principalmente se a extensiva for para prejudicar o acusado.

Dessa forma, da redação do § 10 do art. 4º, seria decorrente a possibilidade de retratação antes de celebrado o negócio. Parece-me também aceitável o entendimento de que o negócio celebrado, mas não homologado, também ele, poderia ser objeto de retratação. *Uma vez homologado o acordo, com o trânsito em julgado, não parece ser possível a retratação pelas partes.*

Isso não quer dizer, obviamente, que não seria possível o controle da validade da decisão homologatória e, consequentemente, do seu conteúdo (o negócio bilateral contratual). É sobre a possibilidade de tal controle por terceiros atingidos pela produção probatória decorrente do negócio de colaboração que se tratará no próximo tópico.

4. A Possibilidade de Controle de Validade da Decisão Homologatória do Contrato de Colaboração Premiada

A decisão de homologação do contrato de colaboração premiada significa a certificação das situações jurídicas materiais penais estabelecidas e escolhidas em razão da vontade exteriorizada das partes. Dessa forma, no que concerne à certificação do benefício material penal, situação jurídica irradiada em favor do colaborador, com o trânsito em julgado da decisão homologatória, haverá formação de coisa julgada material, consequência jurídica que, como visto, integra o conteúdo do direito à segurança jurídica.

As situações jurídicas processuais decorrentes do negócio também restarão reconhecidas e certificadas pela decisão homologatória, que, neste particular, procede ao juízo de controle dos pressupostos de existência e requisitos de validade de um negócio jurídico de natureza processual. O colaborador também tem certificadas situações jurídicas processuais ativas, como aquelas descritas nos incisos do art. 5º da Lei.

A certificação das situações processuais, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado da decisão homologatória, também estará sujeita a um manto de estabilidade e imutabilidade.

Os contratos são celebrados para que sejam cumpridos; as situações jurídicas deles decorrentes são irradiadas para que sejam satisfeitas. Elas já pressupõem alguma estabilidade e imutabilidade – decorrente da força obrigatória contratual e da consequente intangibilidade do seu conteúdo (em regra). Se o negócio celebrado é, ainda, submetido ao controle do órgão jurisdicional, para que as suas situações jurídicas sejam reconhecidas e irradiadas, esta estabilidade ganha ainda maior força e fundamento. Nesse caso, estabilidade e imutabilidade decorrem não apenas do princípio da força obrigatória contratual, mas também do exercício da função jurisdicional.

Demais disso, uma decisão que reconhece situação jurídica processual é uma decisão judicial e está sujeita à preclusão. Pode-se, claro, dizer que tal estabilidade decorrente não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen iuris* – é uma opção doutrinária legítima. *Mas não se pode negar a aptidão à estabilidade que é característica própria das decisões judiciais*.

No caso do negócio de colaboração premiada, a estabilidade a que ficam submetidas as situações jurídicas processuais não apenas é consequência do negócio, mas também se encontra na esfera causal negocial. O acordo é celebrado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia para que ele seja cumprido pelo colaborador e, assim, a prova possa ser colhida.

As consequências jurídicas irradiadas projetam-se para além do processo em que se verifica a homologação do negócio (que tem natureza de jurisdição voluntária). Esta é a razão de ser do negócio, sob a perspectiva de uma das partes: colher informações e elementos para que possam ser prova de fatos afirmados em outros processos e contra outros sujeitos (terceiros).[51]

Nesse sentido, dispõe o § 9º do art. 4º: "Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações".

A razão de ser do negócio é tão forte que, mesmo em caso de retratação da vontade exteriorizada, quando ainda for possível, a lei estabelece que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador, o que pode significar, em sentido contrário, que poderão ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, § 10º).

Como o negócio de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013 tem natureza (contratual) mista – dele decorrendo situações jurídicas processuais e materiais –, também a coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir) formada com a sua homologação tem conteúdo misto. Há certificação e reconhecimento de situações jurídicas materiais e processuais que se tornarão estáveis e imutáveis, em princípio.

O sistema processual penal recebe tal fenômeno com algum incômodo e estranheza, já que construído sob os pilares da decisão absolutória e da decisão condenatória. Inexiste no Código de Processo Penal qualquer disciplina sobre o regime de estabilidade de uma decisão judicial homologatória do contrato de colaboração premiada. Tal disciplina também não consta na Lei nº 12.850/2013. Não há, assim, um regime jurídico próprio sobre a irradiação da estabilidade e imutabilidade decorrente de tal decisão homologatória, seus pressupostos, meios e hipóteses de controle posterior.

Há lacuna no sistema processual penal, que, hoje, não consegue responder às perguntas que decorrem do instituto por ele mesmo previsto. A existência da referida lacuna não deve ser vista com espanto. A evolução da dogmática não consegue

[51] Os elementos de prova colhidos, entretanto, não poderão ser fundamento único de sentença condenatória, como dispõe o § 16 do art. 4o: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

acompanhar, com a mesma celeridade, a evolução da base social. Os sistemas penal e processual penal encontram-se em processo de alteração de paradigma, de um "tradicional esquema do direito penal de intervenção unilateral para um "complexo sistema de 'justiça negociada'"[52].

O Direito é um sistema unitário e aberto[53] que se caracteriza pela ductilidade, exigindo-se uma dogmática jurídica líquida ou fluída compatível à sua base material pluralista.[54] É preciso que se busque a resposta sob a perspectiva sistêmica do Ordenamento e dos valores que lhe são subjacentes.

A lacuna há de ser integrada por normas do próprio sistema.

A ausência de disciplina específica sobre as hipóteses e o meio de invalidação da decisão judicial de homologação, ainda que esta já tenha sido acobertada pela coisa julgada, não significa que a sanção da invalidação não lhe possa ser aplicada.

Os conceitos de ato defeituoso e invalidade são conceitos jurídicos fundamentais, vale dizer, compõem a Teoria Geral do Direito e antecedem o direito positivo.[55] A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral de natureza contratual; ato jurídico (em sentido amplo) que é, já que a vontade exteriorizada é elemento nuclear do seu suporte fático, submete-se ao plano da validade. Se deficiente o suporte fático do contrato de colaboração, defeituoso será o ato.

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, sobre a deficiência do suporte fático de um ato jurídico: "Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito".[56] Nesse caso, o ato existe, mas é defeituoso e poderá ser invalidado.[57]

O contrato de colaboração premiada pode ser defeituoso porque lhe falta algum elemento complementar (imagine-se, por exemplo, que a vontade do delegado de polícia não tenha sido complementada pela manifestação do Ministério Público ou

---

[52] DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. *In: A prova no enfrentamento da macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 439.

[53] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*., *cit*., p. 643.

[54] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho* dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8ª ed. Madri: Editorial Trotta:, 2008. p. 12 e *seq*.

[55] Ser defeituoso é um estado do ato jurídico existente, decorrente de uma deficiência do seu suporte fático suficiente. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo órgão competente, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso será inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso. A invalidade é sanção, qual seja, a extinção do ato jurídico por causas que lhe são congênitas (anteriores ou contemporâneas à sua formação).

[56] MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit*., p. 87.

[57] Verificar a suficiência do suporte fático (logo, a presença de seus elementos constitutivos) é verificar se o ato jurídico existe ou inexiste; verificar se o suporte fático suficiente é deficiente é verificar se o ato jurídico (existente) é defeituoso. O plano da existência não se confunde com o plano da validade. O ato defeituoso não é inexistente e não será necessariamente invalidado. É o que se depreende das lições de Calmon de Passos: "O ato inexistente, do ponto de vista jurídico processual, é um não ato processual. O ato nulo, diversamente, é ato processual, ainda quando ato processual imperfeito [...]. Porque imperfeito, atípico, é suscetível de ser sancionado, tornando-se inválido e ineficaz, isto é, sem idoneidade para produzir o efeito jurídico especificamente perseguido com sua prática". (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105).

que o investigado/acusado não estava assistido por seu defensor); ou porque algum de seus elementos nucleares é imperfeito (se, por exemplo, a exteriorização de vontade do Ministério Público foi procedida em violação ao princípio do promotor natural); ou, ainda, também relacionada com as outras hipóteses, porque a vontade exteriorizada foi proferida mediante vício de consentimento, como a coação.

Os defeitos do negócio de colaboração podem e devem ser objeto de controle quando do juízo de homologação. Se o órgão jurisdicional, entretanto, não atenta ao defeito do ato e procede à homologação, o defeito acabará por macular a decisão, inclusive em razão da relação de conteúdo-continência existente entre o contrato de colaboração e a decisão homologatória.

Como visto, a decisão de homologação é pronunciamento judicial por meio do qual se considera determinado ato como homólogo a um modelo abstrato tido em conta, para lhe atribuir os seus efeitos. A homologação é meio de processualização do ato jurídico. No caso, o contrato de colaboração premiada, de natureza processual-material, que ocorre em dois momentos: o momento de sua inserção na relação processual (no caso, de jurisdição voluntária) seguido do momento da homologação. A decisão de homologação é ato jurídico processual que reveste o negócio com a transparência da processualidade. É continente que tem como conteúdo o ato homologado.

A decisão homologatória, também ela, é ato jurídico em sentido lato e está sujeita ao plano da validade. A decisão pode ser defeituosa em razão de vício do seu conteúdo, do ato homologado, ou em razão de defeito que lhe é próprio (o vício está no próprio juízo de homologação, na transparência de processualidade que é dada ao negócio) – é o caso, por exemplo, de o pedido de homologação ser processado e julgado por órgão jurisdicional incompetente, impedido ou suspeito (violação ao princípio do juiz natural).

É preciso que exista a possibilidade de controle da validade das decisões homologatórias, quer porque lhes foram transmitidos os vícios do negócio, quer porque as macula vício próprio. Se, de um lado, deve-se garantir a estabilidade das decisões jurisdicionais, de outro, não se pode estipular que tais decisões, mesmo já transitadas em julgado, não se submeterão ao qualquer controle de validade. A coisa julgada, neste caso, não é nem pode ser absoluta – *sobretudo porque, essencialmente, prejudica terceiros que não fizeram parte do negócio*.

A *ratio* do sistema é garantir a segurança, mas também é garantir que os atos jurídicos sejam praticados em consonância com os limites que lhes são estipulados. O ato jurídico passa pelo plano da validade e está sujeito ao controle correspondente. O sistema vai dispor como e quando o controle poderá ser exercido (e, em regra, o faz considerando a gravidade do defeito afirmado).

Transitada em julgado a decisão que homologa o contrato de colaboração premiada, por decisão de juiz de primeiro grau ou de relator, forma-se a coisa julgada (*ou outra denominação que se queira atribuir à situação jurídica de estabilidade*). O acordo de colaboração alcança a esfera jurídica de terceiros, como é o caso daqueles que

foram "delatados", que podem ter contra si deferidas medidas cautelares penais e ou até mesmo uma denúncia, todas elas baseadas em declarações prestadas pelos colaboradores. Os referidos terceiros não participaram do negócio de colaboração nem do processo de homologação.

Não se exige a participação de terceiros que possam eventualmente ter contra si produzida a prova oral nem do processo de homologação. Ao contrário, este tem tramitação inicial sigilosa. É da própria essência do contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação possa alcançar a sua esfera jurídica, já que o terceiro pode ser atingido com a produção da prova a que se obriga o colaborador. A ausência de participação do terceiro não vicia o negócio nem a sua homologação.

Todavia, a ausência de participação do terceiro não lhe retira a legitimidade de provocar o controle da validade do negócio (conteúdo) e da homologação (continente). É justamente porque o acordo pode atingir a sua esfera jurídica que o terceiro pode requerer o controle de validade da decisão homologatória e do ato homologado.

O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão, assim, defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).

Não se pode exigir que o terceiro postule a invalidação da colaboração premiada no processo de homologação; ele sequer poderia. Ele não é parte no processo. O controle de validade poderá ser postulado por meio de ação autônoma.

O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito.

O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

Deve-se ver, aliás, que mesmo aqueles que sejam parte no acordo e no processo de homologação, em algumas hipóteses, poderiam, sendo o caso, postular o controle de validade – por exemplo, hipótese de contrato de colaboração celebrado mediante coação.

O problema ganha maior vulto no caso de homologação da colaboração premiada em tribunal, por decisão do relator.

Sabe-se que, no âmbito dos tribunais, as decisões podem ser monocráticas ou colegiadas (acórdãos). Por vezes, a lei ou mesmo o regime interno do tribunal confere a

apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de determinadas questões. Nesse caso, ao proferir a decisão monocrática, o relator atua como membro do órgão colegiado; foi-lhe conferida competência para, unipessoalmente, conhecer e decidir como membro do Tribunal.

Por isso, a regra é a possibilidade de devolver a matéria decidida monocraticamente ao órgão colegiado para que, de fato, haja a concorrência das vontades dos seus vários membros. A devolução da matéria ao órgão colegiado, mediante ato jurídico do interessado, possibilita o controle da decisão unipessoal.

Quando homologada pelo relator, as questões envolvendo a homologação do acordo não foram conhecidas e decididas pelo órgão colegiado. *A demanda autônoma de impugnação é meio que possibilita que os terceiros atingidos pela homologação possam levar a matéria para discussão e decisão pelo órgão colegiado.*

É cabível, então, demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

5. A Legitimidade de Terceiros Eventualmente Atingidos para a Propositura de Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada

A legitimidade *ad causam* é uma situação jurídica. Garante-se a todos o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, mas não se autoriza que o sujeito leve a juízo qualquer pretensão relacionada a qualquer objeto litigioso. É preciso que haja um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida.

A legitimidade *ad causam* é a situação jurídica que expressa o poder do sujeito de figurar de um dos polos de uma relação processual, para discutir determinada relação jurídica. A legitimidade é conceito que se relaciona ao elemento subjetivo da demanda; ela representa a relação de pertinência entre os sujeitos da demanda e o seu conteúdo.

Em regra, são legitimados para atuar em juízo os titulares das situações jurídicas materiais (ativa e passiva) inseridas no processo como causa de pedir da demanda. Cuida-se da chamada legitimação ordinária. Há coincidência, neste caso, entre os sujeitos processuais e os sujeitos materiais. O legitimado ordinário defende, em nome próprio, interesse próprio. Esta é a regra.

Há legitimação extraordinária, quando não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material. O legitimado extraordinário defende, em nome próprio, interesse alheio. É possível que um sujeito seja, ao mesmo tempo, legitimado ordinário com relação à parte do objeto litigioso e legitimado extraordinário com relação a outra parte.[58]

Pois bem.

[58] ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 119-120.

Como visto, *(i)* a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral de natureza contratual e mista, por meio do qual se estabelecem situações jurídicas materiais e processuais; *(ii)* entre as situações jurídicas processuais, há o dever de colaboração do investigado/acusado e o correspectivo direito do Estado à produção probatória; *(iii)* o negócio de colaboração é submetido à homologação do órgão jurisdicional, que irá proceder ao juízo de equivalência com determinado modelo abstrato para que as consequências jurídicas previstas sejam tidas como certificadas pela própria decisão jurisdicional; *(iv)* a decisão homologatória é pressuposto do fato jurídico da coisa julgada ou de uma situação de estabilidade que venha a ser, de outra forma, denominada; *(v)* uma vez homologado o acordo, não mais seria possível a retratação pelas partes; a impossibilidade de retratação não significa impossibilidade de controle de validade.

Do cumprimento da obrigação do negócio de colaboração premiada, pode resultar prejuízo a terceiro que tenha sido atingido pelas declarações do colaborador – terceiro "delatado".

O terceiro não é parte no negócio nem no processo de homologação, que será, inicialmente, sigiloso (art. 7º, Lei nº 12.850/2013). Nada obstante, pode ser por eles atingido, como exceção à regra da ineficácia direta. Tal exceção diz respeito ao cumprimento da obrigação principal irradiada ao colaborador (considerando, inclusive, a finalidade do negócio), mas não diz respeito a outras situações jurídicas. Por exemplo, as partes do contrato de colaboração não poderiam pactuar aplicação de pena a terceiro.

A finalidade do negócio, na perspectiva do Estado, é a colheita de prova; é nessa perspectiva que o terceiro pode ter sua esfera jurídica alcançada. *Nesse sentido, inclusive, ainda que se verifique a retratação por uma das partes, quando possível for, as provas produzidas poderão ser utilizadas contra o terceiro* (art. 4º, § 10, Lei nº 12.850/2013).

O terceiro não pode requerer que em seu favor seja declarada a ineficácia do negócio e da homologação (nos termos já destacados); *poderá, entretanto, requerer que se proceda ao seu controle de validade*. Sendo maculados de vício de insanável, que devem ser afirmados na causa de pedir da demanda, surge a todos aqueles cuja esfera jurídica seja atingida pela decisão homologatória o direito de invalidação do negócio, direito potestativo, cujo exercício independe de conduta de outrem.

O direito à invalidação pode ser titularizado por diversos sujeitos distintos, quer terceiros potencialmente atingidos, quer as próprias partes contratantes. A cotitularidade do direito potestativo não impede que ele seja exercido por apenas um dos titulares – inexiste, no caso, litisconsórcio necessário ativo.

Para que o terceiro possa exercer o seu direito à invalidação, é preciso que ele leve a questão ao órgão jurisdicional competente para desconstituir a decisão homologatória e a situação de estabilidade dela decorrente. *Apenas o Poder Judiciário poderá proceder ao mencionado controle de validade da decisão homologatória*.

Para tal exercício, por meio de demanda autônoma (já que não era permitido ao terceiro ter acesso, tampouco era devido participar do processo de homologação),

afirmar-se-á o direito à invalidação da decisão homologatória em razão de específicos vícios que deverão ser afirmados pelo demandante.

O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. *Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.*

O julgamento procedente do pedido de invalidação significará a certificação e a efetivação do direito desconstitutivo; os atos impugnados deixarão de existir no mundo jurídico. Dessa forma, o julgamento do pedido poderá beneficiar os demais cotitulares do direito, que não eram parte na demanda de invalidação. Cuida-se de consequência que decorre da efetivação de um direito potestativo titularizado por diversos sujeitos, mas isso não significa que o sujeito que o exerceu atue em favor dos demais. A demanda seria ajuizada por titular do direito (em estado de afirmação); legitimidade ordinária, pois.

Diga-se, ainda, que, sendo a demanda ajuizada um *habeas corpus*, qualquer sujeito poderá afirmar o direito à invalidação em favor dos titulares (no caso, em favor do terceiro que se afirme prejudicado pela decisão homologatória defeituosa). Aqui, sim, se a demanda for ajuizada por sujeito diverso do titular da situação jurídica afirmada, tratar-se-á de hipótese de legitimação extraordinária, atribuída pelo art. 654 do Código de Processo Penal: "O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público." Dessa forma, também o terceiro tem legitimidade para, em nome próprio, requerer o controle de validade da decisão homologatória, ainda que não tenha sido o "delatado".

6. O Interesse de Agir na Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada

Já se demonstrou a possibilidade de controle de validade das decisões homologatórias dos contratos de colaboração premiada, controle que só poderá ser exercido pelo órgão jurisdicional competente para desconstituir o ato decisório e a situação de estabilidade decorrente, mediante demanda ajuizada por sujeitos legitimados ordinariamente ou extraordinariamente. Também já se demonstrou que os terceiros eventualmente atingidos pelos negócios de colaboração e pela decisão homologatória são titulares de direito de invalidá-lo, desde que presentes os pressupostos vício e prejuízo.

De tudo o que já foi dito, já se pode concluir que há interesse de agir do terceiro para a propositura dessa demanda de controle, quer em sua faceta necessidade, quer em sua faceta utilidade.

Primeiro, como já se disse, o direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a

desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

Segundo, como também já se disse, os terceiros, nada obstante terceiros no negócio e no processo, não podem defender a tese da ineficácia relativa dos acordos de colaboração premiada celebrados sem a sua participação. É da essência do próprio contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação de colaborar signifique a produção de provas contrárias a terceiros.

Dessa forma, se viciadas as decisões homologatórias, por vício próprio ou por vício decorrente do negócio homologado, *o controle de validade é medida não apenas necessária, mas útil aos terceiros*. Isso porque a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s). A desjuridicização do ato significará, aqui, a deseficacização, ou seja, o desfazimento retroativo dos efeitos irradiados.[59]

Com a desconstituição dos efeitos jurídicos antes certificados pela decisão homologatória, incluindo a obrigação de colaboração, não se deverá atribuir valor probatório às declarações do colaborador já prestadas, já que assim o foram em razão da relação de reciprocidade que caracteriza o sinalagma do contrato de colaboração.

O interesse revela-se ainda mais evidente, quando as provas que lastrearam as decisões de prisão desses terceiros – algo muito comum, aliás – decorrerem de colaborações premiadas homologadas.

Demais disso, não seria o caso de aplicação do art. 4º, §10, da Lei nº 12.850/2013: o dispositivo trata da possibilidade de retratação, que não poderia ocorrer depois da homologação. O dispositivo dispõe, ainda, que, em caso de retratação (se ainda for possível), as "provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

O dispositivo não trata da hipótese de invalidação do acordo nem tampouco da decisão homologatória. Invalidação e retratação são conceitos que não se confundem.

A invalidação é a extinção do mundo jurídico, no caso, da decisão e, se for o caso, do negócio em razão do vício que lhe é congênito; a retratação é o negócio jurídico unilateral de extinguir, por vontade própria, vontade anteriormente exteriorizada. A invalidação é sanção; a retratação é exercício de direito (de arrepender-se). A invalidação é, aqui, exercida pelo órgão jurisdicional; a retratação é exercida pela parte. O terceiro não pode retratar-se, já que ele não exteriorizou qualquer vontade anterior; o terceiro pode postular a invalidação da decisão

[59] Deseficacização é também modalidade de consequência jurídica, mas não se confunde com a desjuridicização. Deseficacizar é desfazer o efeito já irradiado do fato jurídico. É a eficácia do fato que se extingue no mundo jurídico, e não o próprio fato jurídico. A extinção do fato jurídico é desjuridicização; a extinção do seu efeito, deseficacização. (*Cf.* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, *cit.*, p. 92/93)

homologatória. A invalidação da decisão homologatória pode implicar a invalidação do negócio contratual, caso o vício seja a este relativo.

O art. 4º, § 10, não se aplica para os casos de invalidação da decisão homologatória.

Primeiro, porque a segunda parte do dispositivo possibilita que uma proposta retratada possa prejudicar terceiros, dispositivo que deve, então, ser interpretado restritivamente.

Segundo, porque, com a invalidação da decisão homologatória, esta deixa de existir no mundo jurídico; ela também poderá significar a invalidação do ato homologado. Ainda que o ato homologado não seja desconstituído, em razão do vício afirmado, cuidar-se-á de negócio desprovido de eficácia. Em termos práticos, nessa hipótese, ter-se-ia um negócio de colaboração não homologado; o art. 4º, § 10, não se aplica nos casos de colaborações premiadas não homologadas.

E não se pode dizer que faltaria interesse aos terceiros, pelo fato de poderem, em seus respectivos processos, discutir incidentalmente a validade das colaborações premiadas homologadas.

Primeiro, porque ninguém pode ser obrigado a necessariamente ser réu *preso* em processo penal para poder exercer o seu direito de defesa. A absurdez da exigência é evidente: a prisão, que somente pode ser encarada como um dos possíveis resultados de um *processo penal devido*, caracterizado pelo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, passa a ser considerada *pressuposto* para o exercício do direito da defesa.

Segundo, que o controle incidental da invalidade jamais foi considerado impeditivo para o controle principal da invalidade – e isso para qualquer tipo de invalidade, da inconstitucionalidade da lei à invalidade de um contrato. Não é por acaso que, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, cabe ao juiz, de ofício e incidentalmente, o controle da validade dos negócios jurídicos, sem prejuízo da ação de nulidade. Também não é por acaso que a existência de uma ação de controle concentrado de inconstitucionalidade não impede o controle difuso de constitucionalidade. O controle incidental (*incidenter tantum*) e principal (*principaliter*) dos atos jurídicos convivem harmonicamente, nos mais diversos setores do ordenamento jurídico, cada qual com a sua função.

Terceiro, porque *apenas o controle da validade* principaliter *tem aptidão para a coisa julgada, máxima estabilidade das decisões judiciais*. A discussão *incidenter tantum* da validade de um ato jurídico, porque comporá a fundamentação da decisão judicial, não ficará acobertada pela coisa julgada material – ao menos não a coisa julgada penal, já que, em relação à coisa julgada cível o tema possui nuances próprias, decorrentes dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. Por isso, o controle *principaliter* revela-se bem mais útil, porque tem aptidão para resolver o tema de uma vez. Somente isso já bastaria para a configuração do interesse.

Enfim, do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.

7. A Inexistência de "Preclusão", pela não Interposição de Recurso pelo Terceiro, quanto ao Direito ao Controle de Validade da Decisão Homologatória

O conceito de terceiro é um conceito relativo: diz-se que alguém é terceiro com relação a algo. É o que também ocorre na linguagem jurídica contratual: alguém é terceiro com relação ao negócio jurídico ou com relação à relação jurídica contratual decorrente.[60] Em regra, do contrato, não decorrem efeitos jurídicos diretos (situações jurídicas ativas e passivas contratuais) a quem dele não participou.[61]

É o que *também* ocorre na linguagem jurídica processual: diz-se terceiro aquele que não é parte no processo.

A regra é que a decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais da relação jurídica processual, não podendo atingir quem dela não tenha participado. Cuida-se da regra da congruência subjetiva das decisões judiciais. Há exceções, postas pelo próprio sistema. O § 3º do art. 109 do CPC: o adquirente ou cessionário do bem ou direito litigioso poderá ter a sua esfera atingida pela decisão judicial, ainda que não tenha atuado no processo nos termos dos parágrafos anteriores.

A colaboração premiada é *outra exceção*, quer sob a perspectiva do contrato, quer sob a perspectiva do processo de jurisdição voluntária da qual decorre a sua homologação.

Sob a primeira perspectiva, como visto, é da essência do contrato de colaboração premiada que o seu cumprimento possa atingir a esfera jurídica de terceiros, não participantes do negócio. Sob a segunda, a decisão que o homologa e a coisa julgada que se forma, também elas, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, o que justifica, inclusive, a legitimidade e o interesse jurídico dos terceiros de, em nome próprio e para defender interesse próprio, postular o seu controle de validade.

A coisa julgada formada, portanto, pode atingir a esfera jurídica de terceiros, que não poderão afirmar a sua ineficácia relativa. A ausência de participação do terceiro na relação processual, por sua vez, não impede que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória; ao contrário, só o justifica. Tais considerações já foram feitas no presente ensaio; ora são reiteradas porque é preciso que fiquem bem compreendidas.

Pois bem.

Sabe-se que, em regra, se admite o recurso de terceiro juridicamente interessado como modalidade de intervenção de terceiro na relação processual. O terceiro que, até então, não participava do processo passa a dele fazer parte. É o que está dito

[60] Pode-se falar em terceiro com relação ao contrato, como contraposição ao conceito de partes do contrato; pode-se falar em terceiro com relação à relação jurídica contratual, como contraposição aos sujeitos que compõem os polos da relação contratual, titularizando suas situações jurídicas ativas e/ou passivas. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 447).

[61] Em regra, as partes do contrato coincidem com os polos que titularizam a relação jurídica contratual que dele decorre. A coincidência, entretanto, não é necessária. No caso de contrato com estipulação em favor de terceiro (art. 426 do Código Civil), por exemplo, o dito "terceiro" é titular do direito de crédito, compondo, assim, o polo da relação jurídica contratual, mas não pode ser identificado como parte no contrato. É terceiro com relação ao contrato, mas não com relação à relação jurídica contratual. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, *cit.*, p. 447).

no *caput* e no parágrafo único do art. 996 do CPC. O terceiro deve demonstrar o interesse jurídico no caso; o terceiro precisa demonstrar que a decisão pode atingir a sua esfera jurídica.

O prazo para o recurso de terceiro é o mesmo de que dispõe a parte para recorrer, iniciando-se no mesmo momento, inclusive: a intimação. Exatamente porque é terceiro, ele não é intimado; o prazo para o seu recurso conta-se da data em que a parte foi intimada.

O recurso de terceiro não pode ser tido como "obrigatório" no sentido de que a sua não interposição possa significar a extinção de situação jurídica material do qual o terceiro seja titular. O terceiro, que não é parte no processo, não foi cientificado da existência do processo e, consequentemente, não foi cientificado dos atos processuais nele praticados. Não se pode presumir que deles tenha conhecimento.

A não interposição de recurso pelo terceiro significa que ele não mais poderá praticar o ato de recorrer. Há preclusão. É preciso, por sua vez, esclarecer em que consiste a preclusão.

A preclusão é efeito jurídico que se traduz na perda de uma situação jurídica processual. Cuida-se de relevante instituto para o regular desenvolvimento do processo, que deve ser uma marcha para a frente.

O processo é relação jurídica *e* procedimento. Como procedimento, é um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado pelo conjunto de atos concatenados para a produção de um ato final. A sucessividade dos atos processuais no tempo é, assim, pressuposto do ato complexo procedimento.

Não se pode pensar em processo sem formalismo. Pode-se, inclusive, dizer que o formalismo (como forma em sentido amplo) é elemento completante do procedimento (ato jurídico). Nesse contexto, a preclusão é importante técnica do formalismo para a estruturação do procedimento e delimitação do exercício das situações jurídicas, quer pelas partes, quer pelo órgão jurisdicional. Não há processo sem preclusão.

A preclusão é fenômeno endoprocessual: perde-se o direito de praticar ato jurídico processual em determinada processo. Não há projeção externa da preclusão, para além da relação processual em que ela se verificou. Uma coisa é a preclusão, perda de uma determinada situação jurídica processual no processo, outra coisa é a formação de coisa julgada e os efeitos que lhe são decorrentes.

Demais disso, a preclusão, em si, não atinge o direito material discutido. Extingue-se a situação jurídica processual, e não a material.

A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.

Essa é, inclusive, a *ratio* do enunciado nº 202 da jurisprudência predominante do STJ: "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso". *O manejo de ação própria para a defesa dos interesses dos terceiros não está condicionado à interposição de recurso no processo de que não foi parte.*

Das duas, uma: ou a coisa julgada que se formará sem a participação do terceiro não poderá ser a ele oposta (e essa é a regra) ou a coisa julgada, ainda que formada sem a sua participação, poderá alcançar a esfera jurídica do terceiro, que terá, assim, interesse e legitimidade para postular a sua desconstituição, caso se verifique algum dos seus pressupostos.

Na primeira hipótese, a coisa julgada formada não poderá ser oposta ao terceiro que não tenha participado, em contraditório, da sua formação. O terceiro poderá então ajuizar demanda própria, afirmando direito do qual seja titular, e a parte contrária não poderá aduzir a formação de coisa julgada nem qualquer de seus efeitos.

Na segunda hipótese, a coisa julgada formada pode atingir a esfera jurídica do terceiro, nada obstante ele não tenha participado da sua formação. Nesse caso, a decisão judicial e a coisa julgada são eficazes ao terceiro e poderão ser a ele opostas. O terceiro não poderá, assim, pretender ignorar a sua existência nem aduzir a ineficácia relativa. Poderá, entretanto, valer-se de eventuais demandas próprias para impugnar a decisão judicial e/ou a coisa julgada decorrente. Nesse caso, o terceiro pressupõe justamente a existência e eficácia da decisão e da coisa julgada.

No âmbito do processo civil, a demanda rescisória, para as hipóteses previstas no art. 966 do CPC, e a *querela nullitatis*, para o caso de ausência ou vício de citação, são meios idôneos para tanto.

A decisão que homologa o contrato de colaboração premiada e a coisa julgada que lhe é decorrente, como já muito dito, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, que não participaram do procedimento de jurisdição voluntária de homologação.

Tais terceiros sequer poderiam dela participar, considerando a *ratio* do instituto da colaboração premiada, que é fundamento da necessária tramitação sigilosa do feito até o recebimento da denúncia (art. 7º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.850/2013). *Os terceiros não apenas deixam de ser cientificados da existência do processo de homologação e dos atos processuais nele praticados (como a decisão homologatória), como, ainda que, espontaneamente, busquem conhecer o seu conteúdo, não lhes será permitido.*

O acesso ao teor dos atos praticados no processo de homologação é obstado aos terceiros por força de lei. *Os terceiros não poderão, assim, interpor recurso contra a decisão homologatória, cujo conteúdo não podem conhecer no prazo de recurso de que disponham as partes. Apenas com o recebimento da denúncia, quando, certamente, já escoado o prazo recursal, o processo deixa de ser sigiloso e o seu conteúdo poderá ser conhecido por terceiros eventualmente atingidos.*

A não interposição de recurso pelo terceiro decorre da própria lógica da colaboração premiada e do processo de homologação. Não se possibilita ao terceiro, em qualquer medida, que o ato seja praticado. A ausência da conduta pelo terceiro não pode ser tida como voluntária, tampouco negligente; ao contrário, a não interposição é corolário do sigilo da tramitação processual.

Não podem ser impostas consequências negativas ao terceiro em razão do não manejo de um ato processual que, na prática, não lhe é permitido. A ausência

de interposição de recurso não impede, assim, que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória por meio de demanda autônoma.

E mais.

Como visto, é justamente porque a decisão homologatória pode atingir-lhe que o terceiro tem legitimidade e interesse para postular o seu controle de validade. Ele afirmará direito de invalidar a decisão homologatória em razão de um determinado vício. Não se pretende, assim, impedir a formação da coisa julgada – efeito típico do recurso –, mas, sim, postular a sua desconstituição. *O posterior pedido de controle de validade da decisão homologatória significa, justamente, que o terceiro está pressupondo a sua existência e eficácia da decisão.*

Dessa forma, ainda que, da ausência de interposição de recurso, pudesse decorrer alguma consequência processual negativa aos terceiros, essa certamente não se projetaria para além do processo do qual não participaram nem poderia significar a extinção do direito de controle de validade da decisão homologatória e do consequente direito de desconstituição da coisa julgada.

Ainda que a não interposição de recurso por terceiro possa significar preclusão, essa se opera no âmbito interno do processo e não atinge o direito de controle da coisa julgada formada, titularizado pelas partes e por terceiros eventualmente atingidos.

Terceiros atingidos pelo cumprimento do contrato de colaboração não participaram e não poderiam participar do processo de homologação; não tiveram e não poderiam ter ciência do conteúdo da decisão homologatória quando as partes foram dela intimadas; não poderiam, assim, interpor agravo regimental na qualidade de terceiro juridicamente interessado.

A não interposição de recurso não pode ter como consequência a extinção do seu direito de postular o controle de validade, direito que pressupõe, justamente, a existência e eficácia da decisão homologatória e da coisa julgada formada. Os terceiros "delatados" não buscam, por meio da demanda de *habeas corpus*, obstar a formação da coisa julgada, mas, sim, desconstituí-la, em razão de afirmados vícios.

Há ainda outros argumentos a justificar o quanto se diz neste item.

(i) Em se tratando de decisão de relator, o recurso cabível seria o agravo interno, que, como se sabe, não é dotado de efeito suspensivo. No âmbito do processo penal, quando há restrição ou risco de restrição à liberdade, o meio idôneo previsto pelo próprio sistema é o *habeas corpus*; o seu manejo não pode ser condicionado à interposição de recurso carente de efeito suspensivo. Deve-se, aplicar, aqui, analogicamente, o regramento do mandado de segurança em face de ato judicial e o seu cabimento em face de ato judicial impugnável por recurso sem efeito suspensivo.

Demais disso, a interposição de agravo interno significaria que os terceiros, atingidos em sua liberdade, dependeriam de o relator levar o recurso ao julgamento colegiado, inexistindo previsão de prazo para tanto. O tempo na prestação jurisdicional poderia significar a perda de interesse no julgamento do recurso, já que as denúncias em face dos terceiros continuariam a ser processadas.

(ii) Não se pode impedir, em caso de restrição ou risco de restrição à liberdade, que os atingidos possam valer-se do remédio constitucional previsto para tanto. Cuida-se de direito constitucional fundamental, que não está condicionado à interposição de recurso (ainda carente de efeito suspensivo) em processo do qual não participaram e não poderiam participar.

A própria legitimidade extraordinária do *habeas corpus*, com capacidade postulatória para o leigo, é um evidente indicativo de que o recurso de terceiro não é requisito de admissibilidade da demanda constitucional. Não se poderia exigir que o leigo acompanhasse as publicações de atos processuais.

Em síntese, a não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória, notadamente considerando *(i)* que se busca, justamente, a desconstituição da coisa julgada, o que pressupõe admitir a sua formação; *(ii)* que eventual preclusão não se projetaria para além da relação processual e não extinguiria o direito rescisório dos atingidos; *(iii)* que, no caso do contrato de colaboração premiada, os terceiros sequer podem conhecer o conteúdo da decisão homologatória, quando as partes são dela intimadas, haja vista o sigilo imposto pela lei; *(iv)* a natureza de direito fundamental do *habeas corpus* impede construção que o diminua desta maneira; *(v)* aplica-se, aqui, o regramento jurisprudencial construído para o mandado de segurança, verificando-se, inclusive, a *ratio* do enunciado nº 202 da jurisprudência predominante do STJ.

8. Conclusões

São as principais conclusões do presente trabalho:

(i) A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850.2013 é *(a)* ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; *(b)* é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; *(c)* é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; *(d)* é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

(ii) Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio da colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade da coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir).

(iii) O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).

(iv) É cabível demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

(v) O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito. O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

(vi) O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.

(vii) O direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

(viii) Do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.

(ix) A não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória. A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.

Evolução Legislativa da Fase de Saneamento e Organização do Processo

Heitor Vitor Mendonça Sica*

Sumário

1. Introdução. 2. Análise Breve do CPC de 1973. 3. Providências Preliminares no CPC de 2015. 4. Visão Geral da Fase Saneadora e de Organização no CPC de 2015. 5. Análise Crítica da Técnica de Organização Prevista no CPC de 2015, à Luz do Contraditório e da Razoável Duração do Processo. 6. A "Estabilidade" da Solução das Matérias Preliminares (art. 357, I e §1º, do CPC de 2015). 7. A "Estabilidade" da Decisão acerca da Organização do Processo (art. 357, II a V e §1º, do CPC de 2015). 8. Julgamento Antecipado Parcial do Mérito no CPC de 2015. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente texto se propõe a traçar a evolução da fase de saneamento e organização do processo a partir do CPC de 1973, passando pelas reformas de 1994 a 2002, e, ao final, destacando as principais alterações engendradas no CPC de 2015.

Riassunto

Questo lavoro si propone di tracciare l'evoluzione della fase di trattazione del processo secondo il CPC del 1973, le riforme del 1994 e del 2002, e alla fine, analizzando i principali cambiamenti del 2015 CPC.

Palavras-chave

Saneamento do processo. Preclusão. Providências preliminares. Julgamento antecipado do mérito. Julgamento antecipado parcial do mérito.

Parole-chiave

Trattazione. Preclusione. Giudizio anticipato di merito. Sentenze parziali.

* Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

1. Introdução

São bem conhecidas as dificuldades de dividir o procedimento para prestação de tutela cognitiva em fases estanques. É quase ocioso reconhecer que muitas são as regras que implicam inversões de atos processuais, bem como abreviações[1].

Tal realidade já se desenhava notável à luz da redação original do CPC de 1973 e, com ainda maior intensidade, avulta indubitável no CPC de 2015[2].

Contudo, tanto no procedimento comum ordinário, pautado no Código de 1973, quanto no procedimento comum *tout court*, estruturado no CPC de 2015**,** destaca-se a importância da chamada "fase de saneamento e organização do processo".

Para que se analise de modo adequado a sistemática prevista no CPC de 2015, mostra-se indispensável passar em revista o diploma que o antecedeu, sobretudo para que sobressaiam mais facilmente as alterações agora introduzidas em nossa legislação.

2. Análise Breve do CPC de 1973

No CPC de 1973, o tema vinha regulado nos arts. 323 a 331, que compreendiam todas as regras relativas às chamadas "Providências preliminares" e ao "Julgamento conforme o estado do processo", cujo objetivo era, de maneira bem didática e minuciosa, descrever todos os passos a serem adotados pelo juiz após o término do prazo para respostas do(s) réu(s).

Inicialmente, determinava-se que o juiz verificasse se o réu caiu ou não em revelia. Na primeira hipótese (revelia configurada), deveria o juiz verificar se seu efeito primordial (a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, *ex vi* do art.319), seria cabível à luz do art. 320.

A partir de então, novamente colocavam-se duas alternativas: se presente o efeito da revelia, estava o juiz autorizado a desde logo proferir sentença, saltando diretamente da fase postulatória para a fase decisória (art. 330, II); do contrário, haveria de prosseguir o feito como se tivesse havido defesa, isto é, abrindo-se o ensejo para a fase instrutória, mediante exortação ao autor a indicar as provas que pretendia produzir (art. 324).

Na hipótese de o réu não ser revel, cabia ao juiz analisar o conteúdo da defesa apresentada e, caso houvesse alegação de matérias preliminares, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor ou tornasse controvertida questão prejudicial, a fase postulatória se estendia para que o autor, em 10 dias, fosse ouvido em réplica[3] (arts. 326 e 327, 1a parte) ou pedisse declaração incidente (art. 325[4]).

---

[1] Discorri a respeito em *Preclusão processual civil*, p.288-291. A propósito, confira-se também Fernando Fonseca Gajardoni, *Flexibilização procedimental*, *passim*.

[2] Sobretudo à luz do que dispõe o art. 190 do CPC de 2015, que permite as partes "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa".

[3] Referidos dispositivos não usavam esse vocábulo, mas ele se acha arraigado há séculos na tradição luso-brasileira.

[4] Embora silenciasse o CPC de 1973 a respeito, seria de rigor reconhecer a necessidade de o réu ser ouvido a respeito do pedido de declaração incidente formulado pelo autor, haveria que se aplicar o mesmo regime procedimental da reconvenção (conforme expus no livro *O direito de defesa no processo civil brasileiro,* p.186-188).

Em havendo reconvenção, o autor-reconvindo teria, ainda, o prazo de 15 dias para respondê-la, devendo-se a contestação respeitar os mesmos moldes procedimentais que aquela apresentada pelo réu.

Após o prolongamento da fase postulatória, cabia ao juiz verificar a existência de vícios sanáveis e, em caso afirmativo, corrigi-los (art. 327, 2ª parte).

Cumpridas tais providências, o art. 329 dava ao juiz a liberdade de desde logo proferir sentença, seja terminativa (art. 267), seja uma das assim chamadas "falsas" sentenças de mérito (art. 269, II a V)[5]. Contudo, cabe ressaltar que o próprio art. 330, I, já permitia que desde logo fosse proferida a "verdadeira" sentença de mérito, julgando procedente ou improcedente o pedido (art. 269, I).

Apenas se fossem superadas todas as possibilidades anteriores é que o juiz passaria, de fato, a proceder ao "saneamento e organização"[6], cujo referencial normativo fundamental sempre foi o art. 331.

Apegada às tradições lusitanas[7], o art. 331 do CPC de 1973 em sua redação original, tratava do "Despacho saneador". A denominação era imprópria por três razões: (a) o provimento tinha conteúdo decisório (e, portanto, não poderia ser catalogado como mero despacho); (b) a decisão não saneava o processo, mas apenas declarava que os vícios que existiam já haviam sido sanados[8]; (c) não se limitava a dispor sobre vícios, mas sim deferia as provas a serem produzidas.

A Lei nº 5.925/1973 – editada ainda durante período de *vacatio legis* do CPC – abandonou a expressão "despacho saneador", e passou a usar "saneamento do processo", além de ter corrigido outro equívoco do texto original: a referência que os incisos I e II faziam limitadamente a alguns (e não todos) os meios de prova passíveis de deferimento pelo juiz.

Outro dado relevante extraído da redação original do CPC de 1973 (não alterado pela Lei nº 5.925/1973): tratava-se de ato a ser tomado sem qualquer oralidade[9].

A reforma instituída pela Lei nº 8.952/1994 procurou dar novo impulso à disseminação da oralidade processual, trazendo a grande inovação da *audiência preliminar*[10], na qual teria lugar a tentativa de conciliação, o proferimento da decisão

[5] Essa denominação é há tempos usada por Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, v.3, p.263-276).

[6] Assim, separavam-se claramente as "providências preliminares" do saneamento e a organização, propriamente ditos, que as sucediam.

[7] *Cf.* destaca há décadas Galeno Lacerda, *Despacho Saneador,* p. 11-12.

[8] Conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci, Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo*: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. p. 275-290.

[9] A própria Exposição de Motivos do Código de 1973 (Capítulo IV, Seção II, item 13) procurava demonstrar alguns inconvenientes da oralidade, e as dificuldades de aplicá-lo à risca em um país com as dimensões territoriais do Brasil, a fim de justificar as diversas normas nele instituídas que atentavam contra ela, tais a ampla recorribilidade em separado das interlocutórias (art.522), as (novas) restrições à identidade física do juiz (art.132), bem como outras exceções à concentração e à imediatidade (como, *v.g.*, o art.454, §3º, relativo à substituição de debates orais por memoriais escritos).

[10] Também chamada erroneamente de *audiência de conciliação*, no entender de Dinamarco (*A reforma da reforma*, p.108).

declaratória de saneamento e o impulso do processo à fase instrutória, mediante o deferimento dos meios de prova a serem produzidos.

Os defensores da reforma[11] diziam que as vantagens seriam: (a) prestigiar a *concentração* dos atos e o contato do juiz com partes e advogados (*imediatidade*) em uma fase processual em que antes tal prática não era prevista; (b) prestigiar a conciliação, que ainda não tinha palco para que fosse tentada antes da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do CPC de 1973[12]); e (c) melhorar a instrução processual, com a fixação dos pontos controvertidos do litígio, para que, *incontinenti*, o juiz deferisse as provas necessárias a aclará-lo (por meio de atividade que passou a ser chamada de organização do processo[13]).

Alguns autores, entusiasmados com a inovação, defendiam que a audiência preliminar era obrigatória e que a omissão do juiz em designá-la importava em nulidade absoluta de todos os atos praticados após a dispensa[14]. Outros sustentavam que a audiência preliminar deveria se realizar mesmo se os direitos em controvérsia fossem indisponíveis[15]. Levantaram-se vozes, ainda que minoritárias, para defender também que a audiência deveria se realizar mesmo no caso de extinção sem exame de mérito, nos casos do art. 269, II a V e julgamento antecipado da lide[16].

Porém, não tardou a demonstração de que a prática diferiu muito da teoria. Os juízes, assoberbados de trabalho, no mais das vezes não tinham tempo para estudo dos autos antes da realização das audiências preliminares e, assim, geralmente encontravam-se nessas ocasiões despreparados para sanear o feito oralmente. As partes aguardavam durante meses a realização da audiência e, frustrada a conciliação, sequer presenciavam o saneamento oral do feito[17].

Esse quadro já fora anunciado por Barbosa Moreira, que afirmava ser a introdução da audiência preliminar uma "faca de dois gumes" [18]: quando obtida a conciliação, ganhava-se tempo; frustrada a composição amigável, perde-se tempo com a designação da audiência, sem que haja alguma vantagem substancial. Para esse autor, nem sempre o saneamento "de gabinete" ostentava vantagem substancial em relação ao saneamento em audiência[19].

---

[11] Como Nelson Nery Jr. (Audiência preliminar e saneamento do processo, *in*: *Reforma do código de processo civil*, p. 337) e Cândido Dinamarco (*A reforma do código de processo civil*, p.120 e ss.), entre outros.

[12] Nesse ponto, a diretriz acatada pela reforma foi reforçada pelo art. 125, IV, que atribuiu ao juiz o poder de tentar conciliar as partes a qualquer tempo.

[13] *V.g.*, Cândido Dinamarco, *A reforma do código de processo civil*, p.116.

[14] *V.g.*, Cândido Dinamarco, *A reforma do código de processo civil*, p.126.

[15] *V.g.,* Dinamarco (*A reforma do código de processo civil*, p.122) e Carreira Alvim (*Código de processo civil reformado*, p.158 e ss.).

[16] *V.g.*, Dinamarco (*A reforma do código de processo civil*, p.120-121) e Clito Fornaciari Jr. (*A reforma processual civil, artigo por artigo*, p.66).

[17] Barbosa Moreira já havia assinalado essa e outras variadíssimas dificuldades da efetiva implementação de um procedimento por audiências, como, por exemplo, o despreparo técnico dos magistrados para conduzir a tentativa de conciliação, a imensidão territorial do país e as dificuldades de locomoção, a precariedade dos prédios onde se realizam as audiências, a má distribuição de advogados pelo Brasil etc. (Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências, *Temas de direito processual – sexta série*, p.95–106).

[18] Reformas processuais, *Temas de direito processual – sétima série*, p. 2.

[19] "Pode, se vingar a tentativa, abreviar o feito de modo considerável. No caso contrário, porém, alonga o curso do processo, sem outros ganhos que o da fixação imediata dos pontos controvertidos, o da solução das questões processuais pendentes, o da determinação das provas a serem produzidas e o da

O advento da Lei nº 10.444/2002, que novamente alterou o art. 331 do CPC de 1973, roborou a lição de Barbosa Moreira, demonstrando que o legislador elegeu como o objetivo mais importante da audiência preliminar a conciliação (e não o saneamento)[20]. Isso porque a audiência preliminar foi excluída em processos que envolvam direitos que não admitam transação e quando as circunstâncias da causa indiquem remotas as chances de conciliação. Tivesse o legislador considerado a importância ao saneamento oral do processo, teria mantido a audiência ao menos para realização dessas atividades.

Pode-se afirmar, mesmo que à míngua de dados estatísticos, mas com base no empirismo do dia-a-dia do foro, que a introdução dessa segunda hipótese no texto da lei, deixando ao arbítrio dos magistrados a realização da audiência, fez com que ela fosse dispensada com maior frequência que o desejado[21] ou que sua realização fosse "terceirizada" para auxiliares da justiça (de modo que sua utilidade fosse reduzida à tentativa de conciliação).

Percebem-se, pois, o malogro de (mais uma) tentativa de ampliar a carga de oralidade do sistema. Conspirou contra essa inovação uma certa barreira cultural, ventilada há mais de meio século por Frederico Marques[22] em lição que persiste atual.

Ainda assim, jamais se questionou a utilidade da concentração decisória no tocante às atividades de saneamento e organização. Mesmo que seu proferimento seja feito por escrito, e não em audiência[23], a decisão saneadora propicia um exame *concentrado* dos requisitos de admissibilidade da demanda, *antes* do início da instrução probatória, o que *pode* representar sensível economia de tempo, recursos e energia.

E tal fato se confirma de forma veemente com uma análise histórica e de direito comparado, demonstrando que a técnica de *saneamento concentrado do processo*, por escrito ou em audiência, foi implantada com sucesso em vários países, em diversas épocas[24].

---

designação, se necessário, da audiência de instrução e julgamento (art. 331, §2º, *fine*). Tais ganhos nem sempre serão suficientes para compensar o aumento da duração do pleito; mais valeria, por esse prisma, que o juiz procedesse ao respectivo saneamento pela forma tradicional" (*Reformas processuais*, *cit*., p. 2).

[20] Para Barbosa Moreira (*Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências*, *cit*., p.104), o saneamento do processo em audiência seria *"subproduto"* da introdução da audiência preliminar.

[21] Advertência, em linhas gerais, similar é feita por Dinamarco (*A reforma da reforma*, p.109-110).

[22] José Frederico Marques, ao escrever a primeira edição de suas *Instituições de direito processual civil*, quase 20 anos depois do início da vigência do CPC de 1939, acrescenta mais um relevante dado que conspirou contra a efetiva disseminação da oralidade processual: a cultura dos operadores do Direito. Pontuou o Mestre, naquela oportunidade, com sincero desânimo, o seguinte: "Infelizmente o foro brasileiro não se acomodou de todo ao sistema oral. O Código é violado, neste particular, com progressivas infrações. A princípio, eram os memoriais escritos apresentados em audiência. Posteriormente, a preguiça ou a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua intervenção efetiva, e tão-só com os advogados das partes. Hoje, quase tudo está postergado, como se o procedimento escrito tivesse sido restaurado" *(Instituições de direito processual civil*, v. 2, p.130).

[23] Como no CPC de 1939, no de 1973 em sua redação original, bem como nas hipóteses posteriormente introduzidas no art. 331, pela Lei nº 10.444/2002.

[24] Carreira Alvim (*Código de processo civil reformado*, p.154) anota, como antecedentes remotos do instituto, a audiência preliminar instituída nos Códigos de Processo Civil alemão e austríaco. Buzaid, (Do despacho saneador, *in: Revista de direito processual civil*, nº 2, 1960, p. 82 e ss.) cita, também o *summons for directions* do Direito inglês e escocês e o *pre trial* norte-americano.

De toda sorte, merece destaque o fato de que os tribunais costumam fazer "vista grossa" ao reiterado descumprimento do dever imposto aos juízes no tocante à fixação dos pontos controvertidos. Mais uma vez a prática destoa da teoria (e, mais do que isso, do texto expresso de lei), de modo que a importância da fase de saneamento e organização resta apequenada. Perde-se a oportunidade de uma gestão mais racional da colheita da prova, mediante seleção dos meios a serem empregados à luz de uma análise minuciosa do *thema probandum*.

Eis aqui o pano de fundo para análise do CPC de 2015.

3. Providências Preliminares no CPC de 2015

Em linhas gerais, a sistemática das chamadas "providências preliminares" prevista no CPC de 1973 e acima delineada restou preservada, com apenas algumas alterações:

a) O art. 345, IV, do CPC de 2015 positivou entendimento já assente[25] no sentido de possibilitar ao juiz determinar ao autor a produção de prova dos fatos constitutivos do seu direito mesmo em face do réu revel quando suas alegações "forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos";

b) Positivou-se o entendimento (anteriormente já prevalecente[26]) de que o réu revel, ao comparecer espontaneamente no processo, tem direito a produzir provas (art. 349) desde que o requeira antes de uma sentença de julgamento antecipado (art. 355, II);

c) O prazo para o autor se manifestar sobre a contestação do réu (réplica[27]) passou a ser de 15 dias (arts. 350 e 351);

d) Em face do que dispõe o art. 503, §1º, (que expandiu, dentro de determinadas condições, a coisa julgada para a solução *incidenter tantum* de questão prejudicial), desapareceu a demanda declaratória incidental (seja aquela manejada pelo réu como instrumento de resposta, seja aquela manejada pelo autor, ao ensejo da réplica);

---

[25] A ideia de que a presunção que decorre da revelia é relativa (e, por isso, pode ser excluída à luz dos demais elementos constantes dos autos) estava expressamente prevista no CPC de 1939 (art. 209), no art. 277, §2º, do CPC de 1973 (relativamente ao procedimento comum sumário) e igualmente no Juizado Especial Cível (art. 20 da Lei nº 9.099/1995).

[26] Theotônio Negrão, José Roberto Ferreira Gouveia, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca registram, a propósito, o seguinte: "Todavia, mesmo em situação de revelia, o **juiz pode** determinar a produção de provas**.** Afinal, a presunção de veracidade dos fatos expressa naquele art. 319 é relativa, e não absoluta (v. art. 319, nota 5). E há hipótese que o legislador expressamente excluiu dessa presunção de veracidade (v. art. 320). Assim, permanece atual a Súmula 231 do STF: 'O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno'. A atividade probatória do revel fica limitada à produção de prova contrária aos fatos alegados pelo autor; não pode trazer para o processo fatos novos nem produzir provas a seu respeito. Porém, para produzir contraprova, pode o revel pedir perícia, se ainda não houve o saneamento do processo; formular quesitos, se no prazo. Arrolar testemunhas e pedir o depoimento pessoal do autor, se ainda for oportuno." (*Código de processo civil e legislação processual em vigor,* p. 464).

[27] Esse vocábulo não era usado pelo CPC de 1973, mas voltou a ser empregado pelo CPC de 2015, embora não nos dispositivos que descrevem esse ato processual, e sim nos arts. 100, 430, 437.

e) Passou a se permitir de modo expresso[28] o proferimento de decisões[29] de mérito parciais (art. 356), tema ao qual dediquei especial atenção no item 8, infra.

4. Visão Geral da Fase Saneadora e de Organização no CPC de 2015

A análise da fase saneadora e de organização no CPC de 2015 permite afirmar que, em alguns pontos, o novo *códex* aprofunda tendências antes já sinalizadas pelas reformas empreendidas no CPC de 1973 e, em outros, nota-se clara inflexão, mediante acolhimento de diretrizes diametralmente opostas.

No primeiro grupo (aprofundamento de tendências), destacam-se:

a) Concentração ainda mais intensa de atividade decisória relativa a questões processuais ao ensejo da passagem da fase postulatória para a fase de saneamento[30];

b) Restrição ainda mais intensa[31] da atividade conciliatória realizada pessoalmente *pelo juiz* nesta etapa do procedimento[32];

---

[28] Externei essa opinião no artigo "Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005". *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. p. 186-209. Muitos outros autores se manifestaram nesse mesmo sentido. Refiro, a guisa de exemplo, José Roberto Neves Amorim (*Coisa julgada parcial no processo civil*, passim.); José Henrique Mouta de Araújo (*Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*, passim.) e Luciano Vianna Araújo (*Sentenças parciais*. *passim*.).

[29] À luz do que dispõe o art. 203, §1º, a decisão que, embora tenha fundamento no art. 487, não ponha "fim à fase cognitiva do procedimento comum" é catalogada como interlocutória agravável (arts. 354, par. ún., e 1.015, II).

[30] A evolução do direito processual nacional, desde suas fontes lusitanas, aponta unidirecionalmente para a concentração da atividade decisória do juiz sobre matéria preliminar ao ensejo da passagem da fase postulatória para a fase de saneamento e organização. Com efeito, ao longo do tempo foram abandonados diversos institutos herdados de ordenamentos passados que impunham ao juiz resolver questões preliminares de maneira paulatina. Essa tendência atinge seu ponto culminante no CPC de 2015, a qual concentra de maneira muito mais intensa as postulações do réu na contestação, reduzindo, do ponto de vista formal, a tipologia dos instrumentos de resposta. De fato, conforme destaquei nos meus comentários aos arts. 335 a 342 do CPC de 2015 insertos nos *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, p. 890*), passaram a ser matérias *necessariamente* alegáveis no bojo da contestação a denunciação da lide (art. 126 c.c. art.131), o chamamento ao processo (art. 131), a incompetência relativa (art. 337, II), a impugnação ao valor da causa (art. 337, III), a impugnação ao benefício de gratuidade de justiça concedido ao autor (art. 337, XIII) e até mesmo a reconvenção (art. 343). Tal inovação é positiva, pois de fato não há sentido em preservar incidentes suspensivos do curso do procedimento, sobretudo para julgamento de matérias de pequena complexidade, tal como fazia (nesses casos, o CPC de 1973). O julgador poderá fazer o exame de todas as questões preliminares suscitadas pelo réu ao sanear o processo, de maneira concentrada, com prováveis ganhos em termos de celeridade. Ademais, não se pode negar a manifesta simplificação formal representada pela abolição das exigências de apresentação de várias peças separadas e de autuação em apenso para diversas respostas. Também se mostra relevante em termos de celeridade a redução do rol de matérias cuja alegação suspende o prazo para a contestação.

[31] Tratava-se de tendência decorrente do §3º do art. 331 do CPC de 1973 (que autorizava a dispensa da audiência à luz da impressão subjetiva do juiz acerca das circunstâncias da causa no sentido de parecer improvável a obtenção da solução autocompositiva), bem como da tendência notada no dia-a-dia do foro de várias unidades da federação em encarregar auxiliares da justiça em tentar obter a autocomposição no lugar do juiz.

[32] "Em realidade, o juiz continua investido do poder de convocar as partes a qualquer tempo para tentativa de conciliação, embora preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais" (art.139, V). Ademais, poder-se-ia pensar na combinação dos arts. 359 e 357, §3º, para o fim de reconhecer que o juiz poderia tentar conciliar as partes não apenas ao início da audiência de instrução e julgamento (como dita o primeiro dispositivo), mas igualmente ao ensejo da audiência de saneamento e organização (excepcionalmente designada com fundamento no segundo artigo aludido).

c) Restrição ainda maior[33] para realização das atividades de saneamento e organização orais, em audiência, cuja designação o art. 357, §3º passou a limitar a casos em que a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, hipótese em que as partes serão convidadas a integrar ou esclarecer suas alegações[34];

d) Redução ainda mais intensa do âmbito de operação da oralidade (ao ponto de ter desaparecido qualquer traço da chamada regra da identidade física do juiz, antes insculpido, embora com diversas exceções, no art. 132 do CPC de 1973.);

e) Agilidade ainda maior na produção da prova testemunhal[35].

Já no segundo grupo (pontos de inflexão), se detecta o seguinte:

a) Redução das possibilidades de dispensa de audiência para tentativa de solução autocompositiva. Embora realizada em diferente momento do procedimento (isto é, logo após a citação do réu, *ex vi* do art. 334), essa audiência só não se realiza se *todas* as partes se manifestarem nesse sentido.

b) Ampliação dos deveres do juiz no tocante à organização da fase instrutória, haja vista que não mais lhe bastará fixar pontos controvertidos e deferir as provas destinadas a esclarecê-los (como determinava o art. 331, §2º, do CPC de 1973 pós-reformas), mas também indicar a quem compete o ônus da prova[36] e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito[37];

c) Em coerência com o disposto no art. 190, ampliaram-se significativamente os espaços para o "autorregramento da vontade"[38] das partes, de tal modo a lhes facultar

---

[33] Analisando-se o §3º do art.331 do CPC de 1973 (introduzido pela Lei no 10.444/2002) e o art. 357, §3º do CPC de 2015, há claramente uma escala crescente de redução do cabimento da audiência preliminar tal como criada pela reforma introduzida pela Lei no 8.952/1994.

[34] Pode-se indagar se esse dispositivo abriria margem para eventual complementação do objeto litigioso com novos pedidos e/ou causas de pedir. Porém, a interpretação sistemática do CPC (especialmente à luz do seu art. 328) conduz ao entendimento de que só seria possível, nesse momento, esclarecer as pretensões já deduzidas, e complementá-las com fatos secundários (que não integram a *causa petendi,* conforme exposto no meu *O direito de defesa no processo civil brasileiro,* p.146-154).

[35] Até o advento da Lei no 10.358/2001, o rol de testemunhas haveria de ser depositado em até 5 dias da audiência de instrução já designada (art. 407 do CPC de 1973). Posteriormente a esse diploma, deu-se liberdade ao juiz de assinar prazo para apresentação do rol de testemunhas independentemente do agendamento da audiência. O § 4º e o §5º seguem a mesma linha, isto é, antecipam às partes para o momento mais prematuro possível o momento de apresentação do rol de testemunhas. Essa medida favorece o levantamento de informações acerca de impedimentos e suspeições dos depoentes arrolados.

[36] Esse dispositivo sepulta de vez as dúvidas que ainda teimavam a assombrar doutrina e tribunais acerca da necessidade de o juiz noticiar às partes a inversão do ônus da prova (prevista, p. ex., no ar. 6º. VIII, do CDC) antes do início da fase instrutória, e não apenas aplicar essa técnica ao sentenciar (analisei essa polêmica no texto "Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova" (CDC, art. *6º, VIII). Revista de Processo*, nº 146, p. 49-68, abr. 2007). Contudo, o dispositivo não se refere apenas à hipótese de inversão (ou, como prefere o CPC de 2015, de "distribuição dinâmica do ônus da prova") mas igualmente quanto à sua distribuição segundo as regras estáticas dos incisos I e II do art. 373. Isso porque o art. 357, III, alude indistintamente a distribuição do ônus da prova" e se refere a todo o art. 373 (e não apenas aos seus parágrafos, dedicados à distribuição dinâmica).

[37] O dispositivo reforça a feição mais cooperativa do contraditório ditada a partir dos arts. 9º e 10 do CPC de 2015 (impedindo decisões-surpresa) e reduz o âmbito de operação do princípio *iura novit curia* (embora não o exclua).

[38] Essa expressão vem sendo usada por Fredie Didier Jr. como, por exemplo, no texto Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil (disponível online em <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Consulta em: 20 jul. 2015.

apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz" (art. 357, §2º) é o chamado "saneamento compartilhado". Essa possibilidade pode ainda ser conjugada com a proposição de um calendário processual nos moldes do art. 191, embora seja improvável imaginar que as partes o elaborariam, *sponte própria*, e o submeteriam à mera homologação judicial.

5. Análise Crítica da Técnica de Organização Prevista no CPC de 2015, à Luz do Contraditório e da Razoável Duração do Processo

O CPC de 2015 reduziu a oralidade processual, mas, contraditoriamente, manteve técnicas processuais cunhadas originalmente para um processo oral.

Com efeito, a sistemática introduzida pela Lei nº 8.952/1994 no art. 331, §2º, do CPC de 1973, sob inspiração de ordenamentos estrangeiros[39], estava umbilicalmente ligada à oralidade processual.

Imaginava-se que partes e juiz, de maneira dialogada, identificariam *juntos* os pontos controvertidos e, *incontinenti,* debateriam quais provas seriam necessárias, tudo isso de maneira oral e concentrada.

Quando se transpõe essa técnica para o procedimento escrito, ou se perde qualidade da atividade jurisdicional (atentando-se contra a garantia do contraditório) ou se compromete a razoável duração do processo.

Em outras palavras: ou o juiz não dialogará suficientemente com as partes para definir como se desenvolverá a fase instrutória, ou ele atrasará severamente a marcha do procedimento para que as partes debatam essas questões por meio de petições escritas.

Tal risco poderá se revelar ainda mais insidioso se continuar a ser aplicado o "costume judiciário" (completamente incompatível com o sistema processual, seja à luz do CPC de 1973, seja sob vigência do CPC de 2015), de os juízes, antes de praticar qualquer ato de organização do processo (em especial a fixação de questões fáticas controvertidas), determinarem às partes que "especifiquem" as provas que "realmente" pretendem produzir, justificando sua pertinência, sob pena de preclusão.

Essa prática – observada no dia-a-dia do foro ao longo de mais de 40 anos de vigência do CPC de 1973 –, além de colocar "o carro à frente dos bois" (discutem-se os meios de prova, antes de analisar sobre que alegações fáticas eles recairão), impede injustamente que as partes complementem o pedido de realização de provas *depois* de identificar sobre que elementos elas recairão.

E nem se diga que as partes poderiam "inferir" do cotejo entre as postulações qual seria a matéria ainda pendente como controvertida, haja vista que essa operação nem sempre é simples. Há que se interpretar os atos postulatórios para identificar quais são os fatos pertinentes e relevantes e confrontá-los com a prova documental já carreada

[39] A propósito, Dinamarco aponta o Código de Processo Civil-Tipo para a América Latina, a ZPO austríaca, a ZPO alemã e o CPC italiano (*Reforma do Código de Processo Civil,* p. 335-337).

até então aos autos (que eventualmente pode tê-los esclarecido de maneira suficiente). Há um trabalho de valoração probatória, ao menos preliminar, que compete ao juiz[40].

É particularmente inaceitável que as partes estejam sujeitas à preclusão se não indicarem as provas que pretendem produzir antes de saberem sobre quais fatos a prova deverá recair.

Assim, mesmo que se mantenha a prática consagrada desde os tempos do CPC de 1939 – a tal "especificação de provas" ao fim da fase postulatória – ao menos o CPC de 2015 traz um alento ao atenuar o regime preclusivo aplicável às partes, o que se infere do seu art. 357, II e §1º.

De fato, o inciso II determina que o juiz, de uma só vez, delimite "as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória" e indique os "meios de prova admitidos", ao passo que o §1º deixou aberta a porta para que as partes, após intimadas da decisão de saneamento e organização, solicitem "esclarecimentos" ou "ajustes" em 5 (cinco) dias. A escolha dos vocábulos pelo texto normativo não foi das mais felizes. Melhor teria sido dito, para não haver dúvidas, sobre o direito das partes a "complementações". Ainda assim, não há como duvidar da imperiosa interpretação do dispositivo sob essa dimensão, à luz de todos os argumentos acima enunciados.

Essa sistemática conspira para que se continue a observar o expediente da "especificação de provas". Afinal, dificilmente o juiz vai se basear apenas nos requerimentos de provas feitos por autor e réu em suas respectivas postulações iniciais (arts. 319, VI e 336, respectivamente) que costumam ser genéricos ("todos os meios admissíveis").

Ademais, há que se considerar que o pedido de "ajustes" e "esclarecimentos" não se reveste de natureza recursal e, portanto, não interrompe o prazo para interposição de agravo de instrumento contra eventuais capítulos da decisão de saneamento que são agraváveis (como, *v.g.*, a exclusão de litisconsorte e a distribuição dinâmica do ônus da prova, *ex vi* do art. 1.015, VII e XI, respectivamente).

Contudo, se a decisão de saneamento contiver omissão, obscuridade, contradição ou erro material, ela poderá ser desafiada por embargos de declaração[41], os quais têm a aptidão de interromper o prazo para eventual agravo subsequente (art. 1.026).

Nada impediria que o pedido de "ajustes" e "esclarecimentos" fosse formulado na mesma peça que veicule os embargos de declaração.

---

[40] A propósito, veja-se o que lecionou há muitos anos Moacyr Amaral Santos: "Tal convicção, consubstanciada na declaração de se achar saneado o processo, exige fundamentação, embora sucinta, máxime quando hajam sido articuladas preliminares contra a validade do mesmo, quais as enumeradas no art. 301 do referido Código. Terá o juiz expor as razões pelas quais as rejeita. Ressalta a necessidade da fundamentação quando se considera que a matéria enumerada no mencionado dispositivo, salvo o compromisso arbitral, poderá e deverá ser conhecida pelo juiz até mesmo de ofício (Cód. *cit.,* Art. 301, §4º). Somente através da motivação da declaração é que se fará uma ideia exata de que o processo foi devidamente examinado". (*Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2, p. 265).

[41] O art. 1.022, *caput*, sepultou qualquer dúvida acerca do cabimento de embargos de declaração em face de decisão interlocutória.

6. A "Estabilidade" da Solução das Matérias Preliminares (art. 357, I e §1º, do CPC de 2015)

Cumpre ainda examinar o disposto no art. 357, §1º, parte final, segundo o qual a decisão de saneamento e organização torna-se "estável" após o transcurso do prazo de 5 (cinco) dias para as partes solicitarem esclarecimentos.

O dispositivo resgata discussão clássica na doutrina brasileira acerca da eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, que vinha plasmada, anteriormente à Lei nº 8.952/1994, apenas às questões preliminares (essas constituem apenas uma das matérias decididas nessa ocasião à luz do art. 357, I, do CPC de 2015). Cumpre, pois, começar por esse tema.

Duas dúvidas básicas se punham.

A primeira: se as matérias processuais *não alegadas e não apreciadas* restariam insuscetíveis de discussão posterior pelo fato de o juiz ter decretado "saneado" o processo. Prevaleceu, desde o início e com folga, a tese de que as matérias poderiam, sim, ser alegadas e decididas posteriormente. Ponderou-se, inicialmente, ser inviável reconhecer "decisões implícitas" (mormente porque seriam nulas, por falta de fundamentação[42]), ademais de se reconhecer que a possibilidade de conhecimento de questões atinentes a condições da ação e pressupostos processuais, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (a teor dos arts. 267, §3º, e o art. 301, §4º do CPC de 1973, que enunciam regra presente nos arts. 337, §5º e 485, §3º, do CPC de 2015). Penso que essa diretriz fruto de consenso ao longo dos 40 anos de vigência do CPC não fica prejudicada pelo art. 357, §1º, do CPC de 2015.

A segunda: se as matérias listadas nesses artigos seriam passíveis também de *redecisão* a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Nesse caso, a doutrina se mostra um pouco mais dividida, basicamente em 3 (três) correntes: (a) a de que não há preclusão (sob o fundamento de que as questões são de "ordem pública" e, portanto, não se poderia extrair qualquer consequência da omissão da parte interessada em recorrer da primeira decisão que a examinou[43]); (b) a de que haveria preclusão apenas para o órgão que prolatou a decisão, mas não para os grau superior de jurisdição[44]; (c) que os dispositivos que atribuem ao julgador o poder de conhecer uma matéria *ex officio* não implicariam reconhecer a possibilidade de a matéria ser novamente decidida[45].

---

[42] *V.g.* Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, p. 172-173), Barbosa Moreira (A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito, *Temas de direito processual*, p. 83-95) e Talamini (Saneamento do processo, *Revista de Processo*, nº 86, p. 76-111, abr./jun. 1997).

[43] Um dos mais pioneiros e mais proeminentes defensores dessa tese, ainda na década de 1950, foi Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, p. 57 e 167-169), seguindo-se a adesão de vários outros autores ao longo das décadas seguintes (conforme ampla pesquisa registrada por Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, p. 309). A essa corrente eu me filiei nas duas primeiras edições do livro *Preclusão processual civil*, p. 199-204 e 230-234.

[44] Posição defendida, *v.g.*, por Manoel Caetano Ferreira Filho (*A preclusão no direito processual civil*, p.114-115).

[45] Tratava-se da posição que emergia do verbete no 424 da Súmula do STF ("transita em julgado o despacho saneador de que não houver recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença"), mas que restou superada por aquela própria Corte, conforme noticiam José Ignácio Botelho de Mesquita *et ali.* (Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum? Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, p. 1522-1532). Já haviam se alinhado a essa posição outros autores,

O art. 357, §1º parece dar mais munição aos partidários dessa terceira corrente, de modo a considerar que as questões resolvidas nos termos do inciso I do mesmo dispositivo não poderiam mais ser alteradas se não houvesse subsequente interposição do recurso cabível[46].

De fato, à luz desse novo dispositivo, é difícil recusar o aumento da carga preclusiva do sistema, de modo que se torna mais difícil continuar a sustentar que as matérias passíveis de serem conhecidas *ex officio* pela primeira vez poderiam ser redecididas livremente mesmo à falta de recurso da parte interessada.

Há, pois, um fenômeno de limitação do poder decisório do juiz em rever a solução anteriormente dada às matérias preliminares após a estabilização da decisão declaratória de saneamento. Contudo, esse fenômeno não se encaixa na moldura da coisa julgada material (que, por força do art. 502 continua a ser restrito às decisões *de mérito*[47], as quais, por sua vez, estão definidas claramente no art. 487), mas sim de fenômeno de menor intensidade, a que chamei, ao estudar monograficamente o tema, de preclusão dos poderes decisórios do juiz quanto a questões incidentais[48].

Contudo, esse efeito preclusivo não é absoluto e inexorável, pois em outros quadrantes do sistema se encontram situações em que ele é ressalvado. Refiro-me aos casos de rescindibilidade da sentença previstos no art. 966 do CPC de 2015. Tem-se um rol de situações em que o próprio sistema reconhece particular gravidade a determinados vícios, ao ponto de torná-los imunes (ao menos temporariamente) até mesmo do efeito sanatório geral da coisa julgada material. Seria inteiramente contraditório que o sistema não permitisse ao juiz rever decisões incidentais irrecorridas para reconhecer vícios geradores de rescindibilidade de posteriores decisões de mérito, mas autorizasse que os vícios fossem alegados em sede de ação rescisória.

Alguns exemplos ajudam a elucidar a posição aqui defendida. Suponha-se que o juiz tenha proferido decisão declaratória de saneamento rejeitando a preliminar de incompetência absoluta, mas acolhendo a arguição de incorreção ao valor da causa. A primeira questão poderá ser revista a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo que *ex officio*, pois não fica precluso nem mesmo com o advento da coisa julgada (art. 966, II). A segunda matéria somente poderá ser novamente revisitada se essa matéria for oportuna e regularmente suscitada na apelação ou nas contrarrazões contra a sentença, na forma do art. 1.009, §1º. À falta de impugnação nesse momento, nem mesmo o tribunal poderá rever a questão.

Também há que se reconhecer estar a salvo dessa estabilidade as questões que tiverem ensejo por matéria superveniente, também por disposição expressa

---

embora minoritariamente, dentre os quais se destaca Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.3 p. 527).

[46] A depender da matéria, o recurso cabível será o agravo (nos casos subsumíveis ao art. 1.015) ou a apelação (nas demais hipóteses, a teor do art. 1.009, §1º).

[47] Conforme acima destacado, o CPC de 2015 passou a admitir textualmente o proferimento de decisões interlocutórias de mérito, conforme se infere da leitura conjunta dos arts. 203, §1º, 487, 502, 1.015, II, dentre outros.

[48] A respeito dessa distinção, confira-se *preclusão processual civil*, p. 266-279.

de lei (arts. 342, I e 493). Pense-se, à guisa de exemplo, na decisão saneadora que reconhece presente o interesse processual e rejeita essa alegação do réu. Se, posteriormente, sobrevier causa para reconhecimento da chamada "perda de objeto" do processo, é evidente que a estabilidade calcada no art. 357, §1º, não impedirá que essa matéria seja conhecida.

Em resumo, conclui-se que o art. 357, §1º, de fato intensificou o regime preclusivo do sistema jurídico no que toca às matérias preliminares, mas ainda assim persiste um rol de matérias que, por expressa disposição legal, podem ser revistas a qualquer tempo, quais sejam, aquelas referidas nos arts. 342, I, e 493 (matéria superveniente) e art. 966 (matérias ensejadoras de rescindibilidade de subsequente(s) decisão(ões) de mérito).

7. A "Estabilidade" da Decisão acerca da Organização do Processo (art. 357, II a V e §1º, do CPC de 2015)

Igualmente não se poderia extrair do art. 357, §1º, uma estabilização inexorável quanto às demais matérias decididas na decisão de saneamento e organização referidas nos incisos II a V do mesmo dispositivo.

De fato, os já mencionados arts. 342, I e 493 recomendariam que fossem para a influência de fatos supervenientes (inc. II) e de normas jurídicas supervenientes (inc. V[49]).

Ademais, a prova tem por finalidade justamente revelar os fatos em torno dos quais eclodiu o litígio, sendo mais do que natural que o *thema probandum* se altere ao longo da instrução[50] que tem feição essencialmente dinâmica. Assim, se determinada prova não foi deferida quando do proferimento da decisão prevista no art. 357, poderá sê-lo depois.

Da mesma forma, a distribuição do ônus da prova pode ser revista, levando-se em conta a excessiva dificuldade enfrentada pela parte onerada, conforme aquilatado pelo juiz *durante a instrução*, seja para determinar a distribuição dinâmica antes não determinada (art. 373, §1º), seja para retornar às regras estáticas do *caput* e incisos I e II do mesmo dispositivo (como permite expressamente o §2º).

Ou seja, também a estabilização das matérias aludidas nos incisos II a V do art. 357 comportará muitos temperamentos.

---

[49] As normas jurídicas supervenientes não retroagem para atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI, CF), mas podem ser levados em conta em casos que versam relações jurídicas continuativas. A título de exemplo, poder-se-ia pensar na aplicação das novas regras sobre "guarda compartilhada de menores" a processos judiciais pendentes em que essa questão é discutida. Há alguns precedentes do STJ aplicando essa mesma diretriz no campo tributário (STJ, 2ª Turma, REsp 30774/PR, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 08/04/1997, DJ 23/06/1997 p. 29073; e STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1213142/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/05/2012, DJe 14/06/2012).

[50] Não por acaso o art. 435 "faculta às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

8. Julgamento Antecipado Parcial do Mérito no CPC de 2015

Por fim, há ainda que se realçar essa novidade que se insere no âmbito da fase de saneamento e organização do processo: o julgamento antecipado de mérito parcial, previsto no art. 355, do CPC de 2015.

Para correta compreensão dessa novidade, convém uma breve retrospectiva.

Considerando-se o teor dos arts. 162, §1º, 267, 269, 463 e 459, do CPC de 1973, em sua redação original, muitos autores[51] afirmavam que todo o *meritum causae* deveria ser examinado na sentença e que, como ato apto a pôr fim ao processo, seria uma só. Ou seja, o CPC de 1973 preveria a *unicidade do julgamento do mérito*.

Essa realidade começou a ser posta em xeque pelo art. 273, §6º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.444/2002, segundo o qual o juiz poderia *antecipar* tutela quanto a pedido ou parcela de pedido incontroverso.

Como curial, Luiz Guilherme Marinoni foi quem, com profundidade monográfica, primeiramente defendeu, de *lege ferenda*, essa possibilidade de cisão do objeto do processo durante o seu curso[52]. O autor paranaense defendia essa cindibilidade em vários casos, entre os quais quando houvesse incontrovérsia sobre pedido cumulado ou parcela de pedido, ou quando pedido cumulado ou parcela do pedido, embora controversos, já estivessem maduros para julgamento[53]. A técnica para tanto seria exatamente a mesma do artigo 330 do Código de Processo Civil, mas aplicada para desmembrar o objeto do litígio.

Essa proposição feita por Marinoni acabou inspirando o advento do § 6º do artigo 273 do CPC, por força da Lei nº 10.444/2002.

Parte considerável da doutrina comungou da opinião de Marinoni e enxergou nesse dispositivo uma hipótese de julgamento parcial de mérito, passível de ser coberto pela coisa julgada material se restasse irrecorrido[54]. E argumentos fortes, para tanto, não faltavam.[55]

Entretanto, parece ter prevalecido a tese oposta, para a qual a decisão baseada no §6º do artigo 273 se trataria de simples caso de antecipação de tutela, concedida a título precário e sujeita a confirmação na sentença.

---

[51] Trata-se de princípio ao qual já havia feito referência Liebman (*Manuale di diritto processuale civile*, p. 239), e que conta com a adesão maciça da doutrina (pelo menos aquela produzida até o advento da Lei nº 11.232/2005), como Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 229), Dinamarco (*Nova era do processo civil*, p. 281-282) e Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p. 107), são alguns exemplos.

[52] Registre-se que Ovídio A. Baptista da Silva (Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in: Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p.20-21) já havia defendido (com menor profundidade) a existência de proferimento de sentenças parciais de mérito, sempre que houvesse pronúncia judicial sobre o fundo do litígio, mesmo que não fosse o caso de pôr termo ao processo.

[53] *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: Parte incontroversa da demanda. p. 99 ss.).

[54] *V.g.* Fredie Didier Jr., *A nova reforma processual*, p. 67 ss. e Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, p. 45 ss.

[55] Segundo os defensores dessa tese, a decisão amparada pelo artigo 273, § 6º, funda-se em cognição *exauriente*, e não meramente superficial como ocorre nas demais hipóteses de antecipação de tutela, pouco importando a localização do dispositivo. Ademais, afirma Scarpinella Bueno (*Tutela antecipada*, p. 47) que "sua função, fosse ele um 'terceiro' caso de tutela antecipada, já é muito bem desempenhado pelo inciso II do artigo 273".

O principal fundamento para essa segunda tese – e que ao que aparenta jamais foi adequadamente refutado pelos adeptos da tese oposta – estava no fato de que a decisão proferida nos termos do artigo 273, § 6º, por definição, não poria fim ao processo, sendo, portanto, interlocutória. E como *somente a sentença pode julgar o mérito da lide e ser coberto pela coisa julgada material* (artigos 459 e 467 do CPC), resultava natural que a decisão proferida nos termos do artigo 273, §6º, seria necessariamente interlocutória e, portanto, precária e sujeita a ulterior confirmação.

Mas mesmo quem classificou essa hipótese como caso de simples antecipação de tutela, queria do legislador postura mais ousada, de modo a autorizar a antecipação parcial do julgamento do mérito.[56]

A reforma do CPC de 2015 pôs mais "lenha na fogueira", ao reformar os arts. 162, §1º, 269, *caput* e 463, sobretudo alterando-se o conceito de sentença.

Antes da Lei nº 11.232/2005, tanto a sentença, quanto a decisão interlocutória vinham definidas pelo critério meramente formal e topológico dos §§ 1º e 2º do artigo 162. A primeira era ato decisório que punha fim ao processo (com ou sem resolução de mérito), e a segunda era o provimento proferido no curso do processo (com o propósito de resolver questão incidente).

Ninguém duvidava que essa classificação original do Código de 1973 apresentava enormes falhas[57]. Mas também jamais se questionou seu mérito de simplificar o sistema recursal, delimitando com clareza o cabimento da apelação e do agravo, e deixando o princípio da fungibilidade recursal – tão útil sob a vigência do Código de 1939 – relegado a um plano claramente secundário.

Após a reforma, o critério topológico desapareceu, e passou a se distinguir sentença e decisão interlocutória com base em seu conteúdo. A primeira "implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269" do CPC (artigo 162, §1º[58]); a segunda "resolve questão incidente" (artigo 162, § 2º). Talvez a única reminiscência do critério formal de distinção das hipóteses esteja no §2º do artigo 162, não atingido por essa última reforma, e que pontua ser a decisão interlocutória ato do juiz praticado "no curso do processo".

A partir dessa segunda onda de reformas é que boa parte da doutrina[59], com maior vigor, passou a defender o proferimento de *sentenças parciais de mérito*[60].

---

[56] Dinamarco (*A reforma da reforma*, p.96), ao comentar o artigo 273, § 6º, do CPC, foi enfático: "Que pena! O legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito (art. 330, inc. I)". Em sentido análogo, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, vo1., p.171: "O nosso sistema não admite duas sentenças. Explicamos: de fato, a circunstância de o processo estar *maduro* com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação, em primeiro lugar".

[57] Amplamente demonstradas por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Os agravos no CPC*, p.102 ss.). No mesmo sentido, confira-se Barbosa Moreira (A nova definição de sentença, *Temas de direito processual* – nona série, p.167-168).

[58] Registre-se que esse texto foi alvo de duríssimas críticas de Barbosa Moreira, em A nova definição de sentença, *cit*., p.173-174.

[59] Salvo algumas vozes discordantes que se poderiam reconhecer isoladas, como, por exemplo, Luis Guilherme Aidar Bondioli (*O novo CPC*, p.44 e 48).

[60] Essa foi também a minha opinião, no texto Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. p. 186-209.

É bem verdade que essa possibilidade gerava problemas no terreno recursal, pois a dicotomia apelação-agravo havia sido calcada nas definições originais de sentença e coisa julgada contidas no CPC de 1973 e baseada no critério puramente topológico. Os tribunais acomodaram a situação e pacificaram o entendimento de que era agravável a decisão que, embora tivesse conteúdo de sentença (arts. 267 e 269 do CPC de 1973[61]).

O CPC de 2015 claramente se louvou dessas experiências e, de início, em seu art. 203, §1º definiu sentença por um critério misto (substancial e topológico) como "pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução".

Essa definição, por si só, já abriria margem para decisões interlocutórias de mérito, relativas à parte do objeto litigioso. Essa possibilidade é ainda corroborada comparando-se os arts. 487, *caput* e 502 do CPC de 2015 com os arts. 269, *caput*, e 467, ambos do CPC de 1973.

Contudo, para espancar qualquer dúvida acerca dessa possibilidade, o art. 356 passou a prever expressamente o julgamento antecipado de mérito parcial, não apenas na hipótese de incontrovérsia quanto a um dos pedidos cumulados ou parcelas dele (como já decorria do art. 273, §6º, do CPC de 1973), mas também nos casos em que parte do objeto litigioso estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355[62]" (artigo que trata do julgamento antecipado de mérito *total*).

Por outro lado, resolveu-se de uma vez a questão da recorribilidade da decisão com conteúdo de sentença, mas sem aptidão a pôr fim ao processo, prevendo-se o agravo de instrumento (arts. 354, par. ún., 356, §5º, e 1.015, II)[63].

---

[61] Conforme ampla pesquisa jurisprudencial empreendida por Cláudia Helena Poggio Cortez (O novo conceito de sentença visto pelos tribunais. *Revista de Processo*, nº 171. p.282-297, maio. 2009.

[62] Numa primeira vista, poderia causar estranheza a menção ao art. 355, sem exclusão do seu inciso II (revelia). Afinal, poder-se-ia imaginar que se a decisão é parcial, é porque não houve revelia. Ademais, poder-se-ia inferir que se se cogita de "revelia parcial" (isto é, o réu apenas contesta uma das demandas cumuladas, o problema está resolvido à luz do inciso I do art. 356). Porém, esse sentimento logo se dissipa quando se pensa em algumas situações. Pense-se em um réu revel, contra o qual foram formulados dois pedidos: um de natureza disponível e outro de natureza indisponível. Quanto ao primeiro, o efeito da revelia se aplica plenamente, mas quanto ao segundo, não (art.345, II). Seria possível uma sentença parcial, conjugando os arts. 356, II e 355, II. Outra hipótese: processo em que há litisconsórcio passivo facultativo simples (como, por exemplo, no caso de um ilícito extracontratual, em que se imputa solidariedade a ambos os causadores do dano a teor do art. 942, par.ún., do CC). Um dos réus contesta alegando defesas puramente pessoais. O outro réu é revel, e não pode se beneficiar do disposto no art. 345, I. Nesse caso, seria possível ao juiz proferir decisão parcial contra o réu revel, e deixar que o processo prosseguisse contra o réu que contestou, persistindo o interesse do autor na formação do título executivo judicial contra esse segundo salvo no caso de o primeiro pagar integralmente, sozinho, a indenização reclamada originalmente de ambos.

[63] Trata-se de solução criticável, pois se estabelecem regimes recursais diferentes para decisões substancialmente idênticas. Pense-se, por exemplo, numa demanda indenizatória por danos materiais e morais. Se o juiz não desmembra o objeto litigioso e profere uma única decisão, o recurso cabível é a apelação, que tem efeito suspensivo automático (art. 1.012), procedimento com sustentação oral (art. 937, I) e integração da turma julgadora por mais julgadores (técnica prevista no art. 943, que substituiu os embargos infringentes). Se o juiz desmembra o objeto litigioso, e profere decisão relativa a um dos pedidos, o recurso cabível é o agravo que, além de não ter efeito suspensivo automático (art. 995 e 1.019, I), sustentação oral e a técnica equivalente aos "embargos infringentes", ainda enseja juízo de retratação do

Por derradeiro, merecem aplausos os esclarecimentos contidos nos §§ 1º ao 4º do dispositivo, resolvendo outros problemas práticos mais ou menos graves concernentes ao cumprimento das decisões parciais de mérito, isto é: autorizar decisão parcial ilíquida (§1º), permitir imediata liquidação e execução provisórias mesmo que na pendência de agravo de instrumento (§§ 2º e 3º) e, mais importante de tudo, permitir o desmembramento dos autos (§4º).

Assim, o CPC de 2015 atendeu a um clamor antigo da doutrina[64] quanto à cindibilidade do objeto do processo *no curso do processo*[65]. De fato, a desacumulação de demandas (seja no curso do feito, seja na sentença final) se inspira nos exatos mesmos objetivos que a própria *cumulação*, ou seja, os princípios da economia e celeridade processuais[66], os quais hoje encontram, inclusive, assento constitucional. Afinal, não faria sentido que as demandas fossem cumuladas por medida de economia, para que, a partir de então, jamais pudessem ser separadas, mesmo que isso importasse em amarrar o andamento de uma por conta das demais.

Apesar de tudo isso, é muitíssimo provável que, no mais das vezes, somente haja *uma* sentença de mérito (ou, melhor dizendo, uma sentença de mérito *final*). Tanto porque na maioria dos casos o objeto da demanda se apresenta simples e não comporta ou permite qualquer cisão, ademais é bem possível que a prática forense vergue ao peso da tradição, mantendo a análise de todo o mérito reservada para final.

Referências Bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18ª ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997, vol 2.

AMORIM, José Roberto Neves. *Coisa julgada parcial no processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

juiz de 1º grau (art. 1.016, §1º). Ora, não se cogita de semelhante efeito quanto aos recursos das sentenças (exceto nos casos de julgamento liminar da demanda, a teor dos arts. 331 e 332, §3º). Note-se também que a tramitação do agravo, em segunda instância, é consideravelmente mais rápida do que o da apelação, sobretudo porque nunca passa por um juiz revisor. Haveria igualmente incongruências no tocante ao regime do preparo recursal. Tomando-se como exemplo a justiça estadual paulista (cuja taxa judiciária é disciplinada pela Lei Estadual nº 11.608/2003), o preparo do agravo é fixo (no montante de 10 unidades fiscais do Estado – artigo 4º, §5º), mas o de apelação tem como base de cálculo o valor da condenação, quando houver (sob alíquota de 4%, conforme artigo 4º, inciso II e § 2º, da mesma lei). A interposição de agravo, ao invés de apelação, importará em indevida redução do montante de custas devido pela parte. E não seria razoável sustentar que, ao apelar da sentença *final*, fosse a parte obrigada a recolher o preparo tendo em conta *também* a condenação imposta pela decisão *parcial*.

[64] Cassio Scarpinella Bueno, embora se reportasse apenas a essa novidade introduzida pela Lei nº.10.444/2002, sintetizou bem o espírito que norteia a nova diretriz técnica que o processo civil parece ter, de vez, adotado: "O que já está 'pronto' para ser julgado deve ser julgado *e efetivado*; o que ainda não tem condições de receber julgamento deve conduzir o procedimento para a fase instrutória, que se ocupará, apenas e tão somente, do que carece de prova, e nada mais." (*Tutela antecipada*, p. 49). Na mesma linha, Fredie Didier Jr. (*A nova reforma processual*, p. 68) pontua que "[a] parte só pode esperar para ver realizado seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo."

[65] A adoção da teoria dos capítulos da sentença implicava a aceitação da *desacumulação de demandas*, ainda que apenas no ato culminante do processo, que lhe punha termo final.

[66] *Cf.*, entre outros, Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 2, p. 162).

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3–24.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil brasileiro e o procedimento por audiências*, Temas de direito processual – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 95–106.

_____. A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito, *in*: *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83-95.

_____. *Reformas processuais*, Temas de direito processual – sétima série, São Paulo. Saraiva, 2001, p. 1-6.

_____. *A nova definição de sentença*, Temas de direito processual – nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p.167-174.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC* – a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. Despacho saneador (continuação), *in: Revista de direito processual civil*, ano 1, vol. 2. São Paulo: Saraiva, jul-dez/1960, p. 83-90.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 3.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil reformado.* 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao código de processo civil*, vol. 4, 1ª ed., 3 tir, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORTEZ, Cláudia Helena Poggio. O novo conceito de sentença visto pelos tribunais. *Revista de Processo.* São Paulo. Vol. 34, nº171, p. 282-97. Maio 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, *in: Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 275–290.

DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Disponível *on line* em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>. Consulta em: 20 jul. 2015.

_____.JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo. Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A reforma da reforma*, 3ª ed. rev. ampl. São Paulo. Malheiros, 2002.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 281-282.

_____. *Instituições de direito processual civil,* vol.2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil (artigo por artigo).* São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LIMA, Alcides de Mendonça. Saneamento do processo, *in: Saneamento do processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipada, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5ª ed. rev. atual. e ampl. da obra *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol.5, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MEDINA, José Miguel Garcia. A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela Lei nº 10352/2001 e outras questões, *in: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outras formas de impugnação às decisões judiciais* (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, vol.6). NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 333-384.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de*;* ZVEIBIL, Daniel Guimarães; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Questões de ordem pública: revisíveis *ad infinitum? In:* ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT: 2007, p.1522-1532.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 46ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR., Nelson. Audiência preliminar e saneamento do processo, *in*: *Reforma do código de processo civil*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 335-345.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*, vols.5 e 7. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. *In:* Carmona, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186-209.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. *6º, VIII). Revista de Processo*, vol. 32, nº 146, p. 49-68, abr. 2007.

_____. Comentários aos artigos 335 a 342. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.). São Paulo: RT, 2015, p. 888 a 924.

TALAMINI, Eduardo, Saneamento do processo. *Revista de Processo*, vol. 22, nº 86, p. 76-111, abr./jun. 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

Sistema Político e Riscos de Erosão do Regime Democrático*[1]-[2]

Jorge Miranda*

Por certo, para participantes tão qualificados como os que se encontram reunidos neste seminário, não se justificaria, de sorte alguma, definir os conceitos de democracia e de partidos políticos.

Seja-me permitido, a despeito disso, relembrar as concepções de base a que adiro – sem pretensões de originalidade, sublinho – para, numa segunda parte, vir a deter-me sobre a erosão do regime democrático, que é o tema geral da presente sessão, e sobre os remédios que, em meu parecer, reclama.

I

1. Em primeiro lugar, a democracia a que todos aqui nos estamos referindo não significa qualquer democracia. Nem a democracia ateniense de há 2.600 anos, nem a jacobina da Revolução francesa entre 1792 e 1795, nem a soviética da Revolução russa e da Cuba atual.

É sim, a democracia vinda do constitucionalismo moderno e reiterada, em conexão íntima com o Estado de Direito, após a segunda guerra mundial.

É a democracia do Estado de Direito democrático ou de Estado democrático de Direito – a consagrada nas Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976, espanhola de 1978, brasileira de 1988, qualquer delas aprovada após uma ditadura mais ou menos longa e opressiva.

2. Com efeito, se, historicamente, democracia e Estado de Direito surgiram sob a influência e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista, uma democracia de tipo ocidental (se se quiser) não pode deixar de ser ou de se acompanhar de Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e por respeito dos direitos das pessoas.

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da

[1] N. do E.: Originalmente publicado em JURISMAT, Portimão, nº 7, nov. de 2015, p. 17-27.

[2] Intervenção na sessão de 8 de abril de 2015 do III Seminário Luso Brasileiro de Direito, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por iniciativa conjunta do Instituto de Ciências Jurídico Políticas e do Instituto Brasileiro de Direito Público.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

3. Por referência a KELSEN tender-se-ia a afastar democracia de quaisquer valores; o relativismo dir-se-ia o seu cunho próprio. No entanto, tal interpretação seria redutora e até contraditória em si mesma.

Com efeito, o relativismo democrático só pode ser um relativismo político, não um relativismo filosófico; um pluralismo de ideias, de correntes de opinião, de forças políticas – acompanhado ou garantido pela não assunção de nenhuma pelo Estado (quer dizer, pela *laicidade* ou pela não confessionalidade do Estado, nessa perspectiva); um pluralismo não equivalente a indiferentismo filosófico, que fosse convertido em atitude perante a vida ou erigido em doutrina oficial.

O relativismo vale na esfera política, no jogo de ideologias, programas e partidos em disputa pelo poder para o conformar através do voto da maioria. Não pode impor-se à esfera individual, do pensamento, das convicções e das crenças das pessoas, sob pena de se negar a si mesmo, absolutizando-se. Bem pelo contrário, como escreve JEAN LACROIX, afirmar o relativismo na ordem relativa é precisamente permitir ao absoluto afirmar-se na ordem do absoluto afirmar-se na ordem do absoluto. O sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças; logo, por definição, ele não as nega ou esconde; reconhece-as e salvaguarda-as na sua existência e na sua manifestação.

4. Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir a matriz ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricos, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (nunca é demais frisar) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da declaração de 1789 e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia (insistimos ainda) não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

5. É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, por quanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;

- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);

- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;

- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

6. Quanto ao princípio de maioria, o seu fundamento encontra-se no enlace de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

7. A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.

Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

8. Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Importa uma dialética necessária de maioria e minoria, de Governo e oposição, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

9. A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forma no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais

– que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais, a acrescer aos materiais a aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão de ser a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor ao apuramento dos resultados. E quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respectivos membros (*quorum*).

10. Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como garantia também das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramaioritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema.

II

11. Passando agora à segunda parte, esclareço que vou tratar apenas de Portugal, e não também do Brasil, por não querer pronunciar-me sobre um país de que não sou cidadão, apesar de todos os laços que nos unem. No entanto, ouso pensar que muito do que vou dizer poderia ser dito acerca do Brasil.

12. O Estado de Direito democrático está em Portugal sedimentado, sem alternativa credível ou sequer imaginável. Assim como a Constituição de 1976, depois das sete revisões por que passou e dos progressos que se verificaram em todos os campos, se encontra radicada na consciência jurídica geral.

Em contrapartida, há evidentes sinais de erosão e de descredibilização do sistema político, e até de crise do seu funcionamento.

13. Sem ser exaustivo, eis alguns desses sinais:

a) O número elevadíssimo de abstenções em todas as eleições;

b) A pouca renovação da chamada classe política, com perpetuação de muitas pessoas nos mesmos cargos ou em sucessivos cargos a todos os níveis;

c) O desvio da representação política, transformada em representação só dos partidos, com total ou quase total sublaternização dos Deputados, os únicos eleitos pelos cidadãos;

d) As intromissões dos diretórios partidários, estranhos ao Parlamento, inclusive na designação do seu Presidente e dos presidentes dos grupos parlamentares;

e) As dificuldades de chegada ao Parlamento de novos partidos, mantendo-se o quadripartidarismo de há quarenta anos;

f) O domínio dos partidos pelas suas estruturas internas, pelos "aparelhos";

g) O caciquismo que ainda se manifesta em alguns municípios;

h) Apesar de Portugal contar com mais de 300 municípios e mais de 3.000 freguesias (ou subminicípios) e de o instituto ter sido introduzido já em 1982, não ter havido até agora pouco mais de 20 referendos locais – sendo seguro que é muito mais a nível municipal, perante problemas concretos e mais próximos dos cidadãos, que a participação referendaria tem virtualidades;

i) A escolha, muitas vezes, para altos cargos da Administração Pública segundo critérios partidários, e não segundo critérios de mérito;

j) Alguns benefícios e mordomias de titulares e até de ex-titulares de cargos políticos.

Por outro lado:

k) A interpenetração da classe política com a classe financeira;

l) A corrupção ou corrupçãozinha ativa e passiva.

Finalmente, embora esse seja fenómeno comum a todos os estados da União Europeia:

m) O défice democrático, com afastamento e alheamento dos cidadãos e dos Parlamentares nacionais das grandes decisões económicas, sociais e políticas dos órgãos da União.

14. Para corrigir estas disfunções tornam-se necessárias reformas, umas legislativas e possíveis desde já, outras envolvendo revisão constitucional.

15. Reformas legislativas:

a) Eleições primárias para a escolha dos candidatos a propor pelos partidos a Deputados à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira (pelos partidos, sim, e só por eles, sem prejuízo de poderem apresentar cidadãos neles não inscritos, como admite o art. 151º, nº 1 da Constituição – porque essas eleições devem realizar-se em torno de programas coerentes de governo e não é excessiva a exigência legal de 7.500 cidadãos eleitores para a formação de um partido);

b) Coligações de candidaturas (duas ou mais candidaturas, embora disputando as eleições em separado, declaram-se coligadas e, no final, começa-se por se apurar o conjunto dos votos por elas obtidos; e depois, no conjunto, distribuem-se os mandatos por cada uma das candidaturas, tudo de acordo com o princípio da representação proporcional; é uma forma muito mais democrática e transparente do que a predistribuição dos mandatos pelas candidaturas e o aparecimento de partidos fictícios, como um dos que constituem a "Coligação Democrática Unitária");

c) Listas abertas nas eleições parlamentares, embora sem quebra do princípio da representação proporcional – através ou da representação proporcional personalizada de tipo alemão (como eu próprio em 1982) ou de circunscrições de candidatura no

âmbito do mesmo círculo eleitoral (como foi proposto pelo Governo de 1998); o art. 149º, nº 1 da Constituição também o consente;

d) Direito de iniciativa popular do referendo local e do referendo regional;

e) Fiscalização da subsistência efetiva dos partidos formalmente constituídos;

f) Limitação dos mandatos dos dirigentes partidários;

g) Extinção das juventudes partidárias;

h) Fiscalização rigorosa das regras de funcionamento dos partidos e das campanhas eleitorais e transferência da fiscalização das contas do Tribunal Constitucional para o Tribunal de Contas;

i) Reforço das incompatibilidades e dos impedimentos parlamentares (art. 154º da Constituição), incluindo a proibição de aceitação por Deputados de quaisquer cargos ou funções, a título remunerado ou não, do Governo ou dos Governos regionais, e valendo igualmente os princípios para o âmbito municipal;

j) Personalização rigorosa dos Deputados, não se admitindo senão em casos excecionais a suspensão do mandato e nunca a rotação entre Deputados e candidatos não eleitos;

k) Cumprimento rigoroso das regras constitucionais e regimentais do voto individual e direto, e nunca por bancadas, dos Deputados e os membros de quaisquer órgãos colegiais;

l) Proibição de atividades de ex-titulares de órgãos do Poder Executivo em quaisquer empresas das áreas das competências que lhe cabiam enquanto no exercício das suas funções, nos três primeiros anos após esse exercício;

m) Regulamentação dos lóbis.

16. Reformas implicando alteração ou aditamento de normas constitucionais:

a) Relevância dos votos em branco na eleição do Presidente da república (hoje impossível à face do art. 126º, nº 1 da Constituição);

b) Perda de mandato de quem, tendo sido eleito por um partido ou grupo de cidadãos, se candidate em eleição subsequente por outro partido ou grupo de cidadãos (hoje impossível à face do princípio da tipicidade dos casos de perda de mandato do art. 160º);

c) Impossibilidade de reeleição do Presidente da República para o mandato seguinte ou durante a quinquénio subsequente ao seu mandato (alterando-se, assim, o art. 123º);

d) Limitação do número de mandatos dos Deputados e dos titulares de qualquer órgão de âmbito nacional, regional ou local (alterando-se, portanto, o art. 118º);[3]

e) Impossibilidade de prescrição, bem como de amnistia, indulto e comutação de penas nos crimes de responsabilidade (hoje seria de duvidosa constitucionalidade);

[3] V. já *República e limitação de mandatos*, *in Diário de Notícias* de 9 de fevereiro de 2001, e *in Constituição e Cidadania*, Coimbra, 2003, págs. 437 e segs.

f) Impossibilidade dos juízes e dos magistrados do Ministério Público serem nomeados para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais e de assumirem quaisquer cargos políticos (alterando-se o art. 216º, nº 4 da Constituição);[4]

g) Impossibilidade de designação como juiz do Tribunal Constitucional de quem tenha exercido cargo de natureza política ou de nomeação política, no Estado, noutras entidades públicas ou em partidos, ou grupos de cidadãos, nos três últimos anos, e impossibilidade de designação para tais cargos de ex-juízes nos três primeiros anos após a cessação das funções no Tribunal.

17. Não bastam, ainda que necessárias e úteis, reformas legislativas e constitucionais como as acabadas de indicar. Não bastam, não bastariam para um sadio desenvolvimento da vida democrática, porque faltariam dois elementos fundamentais: a ética na política e a iniciativa de cidadania.

18. Ética na política ou ética constitucional que, como demonstrou um professor desta Faculdade, PAULO OTERO, [5] pode, de resto, ancorar-se na própria Constituição.

Ética na política ou ética republicana, tomando república na acepção literal de *res publica*, coisa pública sempre norteada pela ideia de bem comum, ou tomando república como democracia que leva os seus princípios até às últimas consequências.

Por mim, além das normas apontadas por PAULO OTERO como expressões de recepção constitucional da moral, apontaria um acervo mais completo, abrangendo quer normas dirigidas aos cidadãos em geral quer normas dirigidas aos titulares de cargos públicos em especial.

Projeções diretas ou indiretas da moral nas relações entre os cidadãos enxergam-se nas normas dos arts. 13º, nº 2, 25º, nº 1, 26º, nºs 1 e 2, 32º, nº 8, 41º, nº1, 1ª parte, 60º, nº 2, 68º, nº 2, 73º, nº 2, 88º, nº2, 206º. Não tenho tempo para proceder à sua leitura.

Projeções diretas ou indiretas nos comportamentos dos titulares de cargos públicos divisam-se, por seu turno:

a) No art. 113º, nº 3, alínea *c)*, enquanto lhes manda observar imparcialidade perante as candidaturas nas campanhas eleitorais;

b)No art. 113º, nº 3, alínea *d)*, enquanto prescreve a transparência das contas eleitorais;

c) No art. 127º, nº 3, determinando que o Presidente da República, no momento da posse, jure por sua honra desempenhar fielmente as funções em que fica investido;

d) No art. 154º, nº 2, ao prever as incompatibilidades dos Deputados, e no art. 216º, nºs 3, 4 e 5, as dos juízes;

---

[4] Como já defendi no artigo *Juízes para os tribunais*, *in Público*, de 9 de março de 1999, e *in Constituição e Cidadania*, *cit.*, págs. 421 e segs.

[5] Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político, *in Estudos em memória do Prof. Doutor J.L.Saldanha Sanches*, obra coletiva, I, Coimbra, 2011, págs. 581 e segs.

e) No art. 160º, nº 1, alínea *c)*, ao cominar a perda do mandato do Deputado que se inscreve em partido diferente daquele por que tenha sido apresentado a sufrágio;

f) No art. 189º, ao estabelecer o princípio da solidariedade governamental, vinculando os membros do Governo ao seu programa e às deliberações tomadas em Conselho de Ministros;

g) No art. 266º, nº 2, contemplando os princípios de justiça, de imparcialidade e de boa-fé da Administração;

h) No art. 275º, nº 4, impondo isenção política aos militares.

Como pano de fundo, ainda, o art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem – Declaração esta segundo a qual, conforme o art. 16º, nº da Constituição, devem ser interpretados os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais e que eu entendo, tal como PAULO OTERO, também deve ser tida em conta no que tange aos titulares de cargos públicos.[6]

Ora, esse art. 29º, nº 2 liga o exercício dos direitos e liberdades – e, por identidade ou maioria de razão – o dos poderes públicos às "justas exigências...da moral...numa sociedade democrática".

18. PAULO OTERO dá alguns exemplos de uma ética constitucional de exercício do poder, expressão de uma verdadeira "deontologia política" de respeito pelas instituições entre as quais:

i) A recusa em continuar a exercer funções públicas de natureza política, demitindo-se, ou em não se candidatar a cargo electivo, aquele que foi constituído arguido em processo penal relativo a ação ou omissão praticada no exercício das suas funções públicas e por causa desse exercício;

ii) A separação nítida do exercício de funções oficiais como titular de um cargo público e o exercício de atividades de natureza partidária ou privada, nunca se servindo daquelas ou dos meios por elas proporcionados para usufruir ou obter vantagens (*v.g.*, se ir à missa não é um ato oficial, não há justificação para ser feito em viatura oficial);

iii) Não empregar ou integrar junto de si, nem pedir a quem o possa fazer (sem que exista formalmente violação do princípio da imparcialidade), familiares ou amigos, substituindo o concurso público ou o critério do mérito por um modelo de escolha baseado no "compadrio", na "cunha" e no tráfico de influências;

iv) Os membros do Governo nunca devem nomear antigos colegas seus de Governo para cargos de administração dependentes de designação governamental, nem solicitar-lhes o exercício de quaisquer atividades remuneradas;

(...) [7]

19. A tais exemplos eu acrescentaria:

---

[6] *Op. cit., loc. cit.,* p. 586.
[7] *Op. cit., loc. cit*., págs. 592 e 593.

a) Perda do mandato de quem, tendo um mandato eletivo, seja eleito para outro cargo eletivo;

b) Impossibilidade de, por revisão constitucional, se reduzir ou alargar desproporcionalmente o mandato dos titulares em exercício; de se proibir e reeleição, quando antes admitida; ou de a admitir, quando antes vedada;

c) Impossibilidade de os titulares de cargos públicos em exclusividade de funções (Presidente da República, Presidente do Parlamento, membro do Governo, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República), quando no seu exercício, recebam qualquer outra remuneração além do correspondente vencimento[8] e impossibilidade de acumularem este com qualquer pensão, mesmo já vencida anteriormente;

d) Princípio de responsabilidade política objetiva dos membros do Governo e de supremos responsáveis de entidades públicas, levando-os a pedir a demissão em caso de greve erro ou ilícito praticado nos serviços sob a sua direção.

Uma ou outra das reformas constitucionais que preconizo traduz outrossim a mesma preocupação de moralidade política.

20. Uma palavra final quanto à iniciativa de cidadania, ou, como se lê no art. 109º da Constituição: "A participação direta e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático (...)".

Por que tem havido então tão poucas manifestações dessa participação à margem dos partidos, não obstante a Constituição consignar o sufrágio como dever cívico (art. 49º, nº 2), os direitos de petição e de ação popular (art. 52º), a pré-iniciativa de referendo nacional (art. 115º, nº 2), a iniciativa legislativa popular perante a Assembleia da república (art. 167º, nº 1)?

Vejo três causas principais: o tipo de sociedade em que vivemos que obriga as pessoas a trabalhar, a trabalhar, a trabalhar e a gastar horas para ir e vir do trabalho, não deixando quase nenhum tempo livre; as deficiências do ensino; o totalitarismo do futebol que intoxica a comunicação social e anestesia os cidadãos.

E – vou terminar – só o impulso da iniciativa cívica pode impedir o populismo, com que alguns, muito provavelmente, iriam perverter os apelos à ética na política.

[8] V. já o artigo *Um problema de dignidade do Estado*, *in Diário de Notícias* de 9 de janeiro de 1984, e *in Constituição e Cidadania*, *cit.*, págs. 327 e segs., e anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 999-1000.

A Prisão de Senador. A Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Marcellus Polastri Lima*

I. Introdução

A prisão em flagrante do Senador da República brasileiro, Delcídio do Amaral, no início de novembro de 2015, gerou muita polêmica na comunidade jurídica sobre a natureza e o cabimento da citada prisão provisória no Brasil.

Atente-se que no Brasil a Constituição Federal prevê uma incoercibilidade que restringe sobremaneira a prisão provisória de parlamentar (art. 53), já que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos provisoriamente (§ 2º), exceto com a exceção para o caso de "flagrante de crime inafiançável".

Levada a questão ao Ministro Relator do processo da *chamada operação lava-jato,* pelo Procurador-Geral da República, foram analisados, com profundidade, os elementos trazidos para seu exame e, por consequência, foi decretada a prisão provisória do Senador, determinando que, quando essa fosse efetivada, os autos fossem enviados para o Senado, como determina o § 2º, do art. 53 da CF, para o fim de que a Casa legislativa, pelo voto da maioria de seus membros, *deliberasse sobre a prisão,* mantendo-a ou não.

Dando mais força à decisão monocrática do ministro Teori Zavascki do STF, antes mesmo que o Senado deliberasse (*resolvesse* é o verbo que consta no texto da CF) sobre a prisão provisória, a 2º turma do STF do Brasil, em reunião extraordinária, por unanimidade, referendou a decisão. O mesmo se deu com o Senado Federal que manteve a prisão.

A partir daí se passou a discutir a natureza da prisão decretada, se seria prisão preventiva ou em flagrante, pois existem aqueles que, apesar do flagrante estar previsto na Constituição Federal como forma de cautelar, e no próprio Código de Processo Penal, passaram a negar, a partir da reforma processual de 2011, o caráter autônomo dessa cautelar, mesmo sendo essa a única forma de prisão provisória prevista para parlamentares, como é o caso.

Daí a motivação do presente artigo: interpretar a decisão do STF e verificar sua pertinência ante a essas vertentes e, ao final, concluir pelo acerto ou não da decisão da mais alta Corte de Justiça do Brasil.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo – Graduação e no Mestrado em Direito Processual. Pesquisador convidado da Universidade de Göettingen – Alemanha – (Instituto de Direito Criminal e Internacional). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Procurador de Justiça.

II. A Prisão em Flagrante Delito como Medida Cautelar e a Reforma Processual Penal Brasileira

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 que reformou o Código de Processo Penal no que se refere às medidas cautelares pessoais, pode parecer que o legislador tenha pretendido retirar autonomia da prisão em flagrante como cautelar.

E aqueles que assim pensam, se inspiram em parte da doutrina que defende que:

> o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou *o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. [...]* a instrumentalidade manifesta-se no fato de a prisão em flagrante ser um *strumenti dello strumento* da prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou, nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante[1].

Mas, não me parece que a prisão em flagrante delito seja uma *precautelar*, até porque ou se é uma coisa ou não é (ou é cautelar ou não é !). Na verdade, como ver-se-á na sequência deste artigo, a prisão em flagrante delito é forma de prisão provisória autorizada pela Constituição e, assim prevê a CF porque é a única exceção de prisão que não necessita de prévia ordem judicial, mesmo que tenha passado a ter uma autonomia por um curto espaço de tempo em casos comuns – em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011 consoante determina a atual legislação.[2] Portanto, é forma de prisão provisória extraordinária, já que autorizada constitucionalmente sem prévia ordem judicial, dada, justamente, a ocorrência de um ato de "flagrante" que é mais do que um simples *fumus* de cometimento do crime, pois o que se tem no flagrante é um verdadeiro *fogo* ou *incêndio*.

Assim também se manifestou, mais recentemente, em entendimento similar, o professor e respeitável doutrinador Afrânio Silva Jardim:

---

[1] LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 214-215.

[2] *Cf.* LIMA, Marcellus Polastri . *A Tutela Cautelar no Processo Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (com as edições posteriores, sendo a última de 2014 – São Paulo: Atlas). Conferir, ainda, LIMA, Marcellus Polastri, Curso de Processo Penal, vol. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 (após cinco edições do Curso em mais de um volume, esse passou a ser publicado em um só volume, a partir de 2012, fundindo-se com o antigo Manual de Processo Penal, estando o Curso de Processo Penal hoje na 9º edição pela editora Gazeta Jurídica de Brasília (2016). Saliente-se que, em vista de um lapso na mudança editorial, na nova versão em um só volume não foram consideradas as cinco edições publicadas em mais de um volume e, assim, na verdade, o Curso já deveria estar em sua 14º edição e não na 9º como acabou constando.

Sempre nos causou espécie a afirmação de grande parte da doutrina mais moderna no sentido de que a prisão em flagrante teria a natureza jurídica de medida precautelar. Ora, tal expressão só serve para afirmar que a prisão em flagrante, sendo "pré", não é cautelar. Vale dizer, não explicita o que ela é efetivamente [...]. A assertiva de que a prisão em flagrante teria a natureza de medida de precautela nos faz lembrar da antiga "teoria" que dizia ter o processo a natureza de um "quase contrato". Na verdade, aqui também não temos uma teoria, mas sim a negação de que o processo seja um contrato, sem se dizer a que categoria jurídica ele pertence [...] Desta forma, passei a meditar sobre a prisão em flagrante, procurando depurar o objeto de nossa reflexão. Cheguei à conclusão de que o erro metodológico talvez esteja em misturar a própria prisão com a sua documentação (auto de prisão em flagrante) e também em misturá-la com os seus eventuais efeitos no processo, que dependem de futura decisão do juiz, tendo em vista a regra do artigo 310 do CPP [...] Diante desse quadro, parte da doutrina mais recente, além de negar a natureza cautelar à prisão em flagrante, descarta ser ela título autônomo de mais uma das espécies de prisão provisória, pois, ou será desconstituída pelo juiz pelo relaxamento, caso ilegal, ou será substituída por uma das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP. Daí surgir a já criticada expressão de medida de precautela. Ressalte-se que este não é o entendimento do amigo e parceiro professor Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, manifestado na 13ª edição de nosso livro *Direito Processual Penal* [...] A possibilidade de revogação da liberdade provisória (e aqui ela é provisória mesmo) se verifica da regra do parágrafo único do art. 310 do CPP. Preso em flagrante, se o juiz verificar que o indiciado ou réu praticou a conduta típica justificada por uma aparente excludente de ilicitude, poderá "conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, *sob pena de revogação*" (destaquei). Nesta hipótese, revoga-se a liberdade provisória, ficando restabelecidos os efeitos da prisão em flagrante [...] Certo que, revogada a liberdade provisória prevista no parágrafo único do art. 310, a prisão em flagrante que se restabelece será substituída por uma das medidas cautelares pessoais elencadas no CPP. Entretanto, ainda que por breve lapso temporal (e o importante aqui para nós é a produção de efeitos jurídicos) os efeitos da prisão reaparecem para serem substituídos [...] Julgamos ter ficado ainda um outro vestígio da permanência dos efeitos da prisão em flagrante por descuido do legislador que reformou parcialmente o nosso código. Dentro do capítulo intitulado "Da Liberdade Provisória , Com ou Sem Fiança", encontramos a regra do art. 340, que trata

> do reforço da fiança, determinado pelo magistrado. O parágrafo único dispõe expressamente: "A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo , não for reforçada". Aqui também se restabelece a prisão em flagrante.[3]

A nova Lei nº 12.403/2011, é certo, faz modificação no tratamento dado à prisão em flagrante delito que, tradicionalmente, sempre foi considerada uma cautelar pessoal autônoma, impondo ao juiz, agora, a obrigação de, sendo caso de manutenção da prisão provisória, fazer necessariamente a convolação (substituição) em uma cautelar de prisão preventiva.

Mas, o flagrante ainda subsiste como cautelar, apesar de ser exceção entre as medidas cautelares prisionais que sempre exigem a prévia ordem judicial, e tal se dá porque o flagrante é uma medida complexa. O agente é encarcerado por um período (mesmo que curto) por ter sido apreendido cometendo um crime em estado de flagrância e, é evidente, que isso é autorizado por se tratar de forma de segregação "cautelar" (caso contrário a restrição da liberdade seria ilegal e, por consequência, não poderia haver a substituição por uma outra medida cautelar pelo juiz e não se pode substituir o que é ilegal, apenas se relaxar ou se anular).

O que deve ser ressaltado é que, mesmo agora, no caso de ser necessária a custódia, apesar da prisão em flagrante ter que ser convolada, se for o caso, em prisão preventiva, após o juiz receber os autos, enquanto o referido magistrado não faz isso, a prisão em flagrante subsiste, mesmo que por curto espaço de tempo, pois o agente permanecerá detido, evidentemente a título cautelar, ainda que por curto espaço de tempo, em razão do flagrante delito. É equivocado, portanto, se afirmar que a prisão em flagrante foi expurgada do nosso direito, pois, tanto não foi que continua regulada no CPP e é prevista na própria Constituição Federal. Caso contrário a que título permaneceria preso o agente enquanto não ocorresse a convolação ou substituição por preventiva?

Tanto é verdade que a prisão em flagrante continua sendo uma medida cautelar pessoal, se forem descumpridas as obrigações impostas ao investigado ao ser concedida pelo juiz a liberdade provisória, o agente deverá voltar ao estado de preso em flagrante (as cautelares e contracautelas são sempre passíveis de substituição) e, assim, ser novamente recolhido à prisão, mesmo que depois venha se dar a decretação (ou se dê a substituição) de sua prisão em flagrante em preventiva (a própria lei passa a prever no parágrafo único do art. 312 do CPP que tal, por si só, já justificaria a prisão preventiva).

Caso não fosse assim, a liberdade provisória concedida pelo juiz seria uma liberdade natural e não uma liberdade "provisória" (como a própria lei a denomina), e isso também notou Afrânio Silva Jardim:

---

[3] JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corrigir-distorcoes-prisao-flagrante>. Publicado em: 01 mar. 2015.

> [...] que liberdade provisória é essa que não pode ser revogada? Liberdade que não pode ser revogada é liberdade plena. O que caracteriza a liberdade provisória é a sua vinculação a determinados deveres processuais que, se descumpridos, acarretam na sua revogação, restaurando a eficácia da prisão anterior. Vale dizer, a liberdade provisória, para ser realmente provisória, não pode desconstituir a prisão em flagrante. Caso contrário, temos uma liberdade plena. Por outro lado, resta uma hipótese de liberdade realmente provisória que, sem perceber, o legislador deixou no código. Neste caso, caberá a revogação da liberdade provisória e não a decretação da prisão preventiva do réu. Será que salvamos o caráter provisório da liberdade e reconhecemos que a prisão em flagrante não foi desconstituída? Julgo que o mesmo deve ocorrer nas hipóteses dos artigos 338 e 339. Nestes casos, embora não se cuide a rigor de revogação da liberdade provisória, fica demonstrado que a prisão em flagrante pode ser restabelecida, mesmo após os momentos processuais previstos no aludido art. 310, ainda que ela possa, ao depois, voltar a ser substituída por outra medida cautelar. Por todo o exposto, concluímos que a reforma do CPP, realizada pela Lei nº 12.403/2011, acabou com o pouco de sistemático que ainda podia se extrair dos artigos alterados ou revogados, "amesquinhando" a prisão em flagrante e quase que tirando integralmente da liberdade provisória o que lhe é característico: a provisoriedade (como medida de contracautela que era) [4].

Com razão Afrânio Silva Jardim, pois o parágrafo único do artigo 310, parágrafo único, diz com todas as letras:

> Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes do art. I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, *sob pena de revogaçã*o. [5] (destaque nosso)

---

[4] JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. *In:* <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corrigir-distorcoes-prisao-flagrante>. Publicado em: 01 mar. 2015.

[5] JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias*. *In:* <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corrigir-distorcoes-prisao-flagrante>. Publicado em: 01 mar. 2015.

Ora, se for revogada a liberdade provisória, o que retornará de forma imediata será "a cautelar prisão em flagrante que existia anteriormente antes de ser concedida a liberdade provisória", até que seja decretada uma preventiva em substituição pelo juiz. Ou seja: a liberdade era "provisória", vinculada à obrigação de comparecimento a atos do processo[6]. Se descumprida a vinculação, retorna-se à condição anterior: cautelar de prisão em flagrante.

É indubitável que o legislador constitucional elenca o flagrante delito como causa de prisão cautelar sem prévia ordem judicial (art. 5º, LXI) dando à autoridade policial o poder de averiguar o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti,* pois, de acordo com o art. 304 do CPP, sendo-lhe apresentado o preso, a autoridade deverá lhe interrogar e serão ouvidos o condutor e testemunhas e, no caso de existir fundada suspeita de ser o conduzido autor do crime, dar-se-á o recolhimento à prisão.

Assim, o delegado, ao lavrar o flagrante e recolher o agente ao cárcere, fazia (como ainda faz) apenas o exame do *fumus comissi delicti*, prescindindo-se de aferição do *periculum in mora*.

Portanto, é evidente que o legislador constitucional elenca o flagrante delito como causa de prisão cautelar sem prévia ordem judicial (art. 5º, LXI) dando à autoridade policial o poder de averiguar o *fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti,* pois, de acordo com o art. 304 do CPP, sendo-lhe apresentado o preso, a autoridade deverá lhe interrogar e serão ouvidos o condutor e testemunhas e, no caso de existir fundada suspeita de ser o conduzido autor do crime, dar-se-á o recolhimento à prisão.

Assim, o delegado, ao lavrar o flagrante e recolher o agente ao cárcere, fazia (como ainda faz) apenas o exame do *fumus comissi delicti*, prescindindo-se de aferição do *periculum in mora*.

Antonio Scarance Fernandes já concluía que:

> Não há maior dificuldade em justificar a cautelaridade da prisão em flagrante no que se refere ao requisito do *fumus boni iuris*. O fato de o agente ter sido surpreendido em uma das situações do art. 302 do CPP serve para evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor. (...) Não há nenhuma verificação da necessidade de que a pessoa seja recolhida. Limita-se a autoridade policial a verificar a presença do *fumus boni iuri*[7].

[6] É certo que um juiz poderá revogar a liberdade provisória, caso descumprida a obrigação imposta (vínculo) e, no mesmo despacho, decretar a prisão preventiva, como autoriza o art. 321, parágrafo único do CPP, mas se não o fizer, apenas revogando a liberdade provisória, retornando o agente à prisão, o que se retorna é o estado cautelar anterior de preso em flagrante, até que se dê a transformação em preventiva. O que se quer dizer é que em casos normais (fora dos casos de prerrogativa de função, como se verá) pode prevalecer, mesmo que por curto espaço de tempo, a autonomia cautelar prisional do flagrante como reconhece a própria CF (art. 5º, LXI).

[7] FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 291-292.

E daí a pergunta: e quanto ao outro requisito da prisão cautelar, o *periculum in mora ou periculum libertatis*, como se dava a aferição para a cautelar?

Este requisito ficava, no regime anterior, ao prudente exame do juiz, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, apreciaria se havia a presença da necessidade da prisão e, caso negativo, deveria liberar o preso. Caso positiva a necessidade da prisão, mantinha o flagrante delito que podia perdurar até a sentença final. E é por esse motivo que o legislador constituinte já dispunha no art. 5º, LXII da CF, que deveria haver imediata comunicação da prisão em flagrante ao juiz de direito.

Mas, agora, após reforma processual penal de 2011, especialmente com a previsão do artigo 310 do CPP, o juiz não só examinará o *periculum libertatis* mas, também, reexaminará o *fumus comissi delicti*, assim a decisão do juiz que antes tinha uma fundamentação mais simples (às vezes nem bem se justificava o decreto prisional) agora deverá exarar uma fundamentação mais complexa, examinando todos os pressupostos cautelares (não mais só o *periculum* mais também o *fumus* já antes reconhecido pela autoridade policial), pois se trata a prática delituosa não só "uma fumaça" de um ilícito, mas de um verdadeiro *incêndio*. Bem, qualquer maior exigência de fundamentação em se tratando de uma restrição de liberdade é sempre uma boa medida e, nesse ponto, há vantagem na reforma, pois fará com que o juiz agora se detenha na justificação, de forma coerente examinando o fato concreto à luz das balizas da necessidade e da adequação ao examinar a medida cautelar.

Um argumento imbatível no sentido de que a prisão em flagrante delito continua sendo uma medida cautelar autônoma, é exatamente o que se trata neste artigo, ou seja, a existência de previsão constitucional de que *os parlamentares só podem ser presos provisoriamente por flagrante delito*, não se admitindo em relação a esses, decretação de prisão preventiva. Essa incoercibilidade (e não imunidade!) é também prevista para outros funcionários que detêm a chamada competência por prerrogativa de função, em leis orgânicas, complementares ou não à Constituição Federal.

Aliás, em julgamento monocrático que examinava o requerimento de prisão dos senadores Jucá, Renan Calheiros e José Sarney, proferida por Teori Zawaski, volta a se demonstrar no Supremo Tribunal Federal que cautelar de prisão em flagrante ainda persiste no Brasil, estando patente no art. 53 § 2º da CF, *verbis:*

> [...] Esse dispositivo constitucional, embora tenha recebido nova redação pela Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001, *preserva incólume,* no que diz respeito à disciplina das imunidades especificamente reconhecidas aos parlamentares federais, *a regra geral segundo a qual, no âmbito das prisões cautelares, somente se admitiria a modalidade da prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável*.
>
> .....

> A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o *texto constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares* (destaques nossos)[8]. [9]

III. A Prisão Cautelar de Parlamentares no Brasil. Análise de Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Como já dito, a prisão provisória de parlamentar no Brasil só pode ocorrer por *flagrante delito por prática de crime inafiançável*, como se dá, da mesma forma, com promotores e juízes, que têm a garantia da incoercibilidade, prevista nas respectivas leis orgânicas.

Em novembro de 2015 a prisão provisória de senador da república, líder do Governo no Senado, gerou perplexidade, mas o fato é que *a prisão não poderia ser outra do que a prisão cautelar por flagrante delito*, pois *parlamentar não pode ser preso preventivamente*. E se, como em caso, o parlamentar estava em flagrante delito por prática de crime permanente, era passível de ser preso em flagrante delito, pois, nesse caso o estado de flagrância se prolonga no tempo (art. 2º da Lei de Crime Organizado). E, se estava em flagrante delito, é evidente que o parlamentar poderia ser preso por qualquer do povo e com muito mais razão, pela polícia federal (em vista da regra legal do art. 301 do CPP esta "deveria" prender) e, assim, ser encaminhado a uma delegacia da Polícia Federal, para depois ser comunicada a prisão ao STF (o juízo natural) e, posteriormente, ser remetida a decisão do STF à Casa do Senado, para deliberação a respeito, como exige a Constituição Federal.

O que causou maior perplexidade foi a forma em que se deu a prisão, pois o senador não foi capturado e levado a uma delegacia da Polícia Federal (o fato típico atentava contra interesse federal) mas de outro modo, o procurador-geral da República achou melhor, em vista da especialidade do caso, primeiro comunicar ao Ministro do STF relator da operação lava jato para que esse reconhecesse a situação de flagrância e ratificasse o cabimento da cautelar, para só depois a Polícia Federal efetuar a prisão.

Nada depõe contra essa especial forma em que se deu "a prisão em flagrante" do parlamentar, pois, convenha-se que capturar e arrebatar um parlamentar, talvez com necessidade de isso ser feito dentro da Casa do Senado, que inclusive tem agentes de segurança próprios, seria uma medida difícil de ser efetivada, pois, afinal, se tratava de um Senador e líder do governo e, dada a peculiaridade do caso, por cuidado, o Exmo. PGR optou por dirigir o requerimento ao relator do procedimento da "operação lava-jato", o ministro Teori Zavascki.

---

[8] AC 4173/DF, Requerente: Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República – Relator Teori Zavascki. Acesso em: 14.06.2015, no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob o número 11182825.

[9] O requerimento foi indeferido por entender o Relator que não estava presente a hipótese de flagrante delito ou permanência e que não seria inafiançável, pois não estavam presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva.

O único problema do dito requerimento do Ministério Público Federal, que era perfeito em demonstrar que o parlamentar se encontrava praticando um crime permanente, e também era muito bem fundamentado ao demonstrar que estavam presentes os motivos que autorizavam a prisão preventiva, foi que, ao final, ao se fazer o pedido foi requerida uma "impossível decretação de prisão preventiva", já que tal não poderia se dar, pois "parlamentar não pode ser preso provisoriamente através da cautelar de prisão preventiva" e, assim, o único requerimento final que poderia ter sido feito seria o de "decretação de prisão cautelar por flagrante delito em crime inafiançável, como exige o art. 53,§2º, da CF".

O que é certo é que o Exmo. Relator Teori Zavascki, corretamente, não acatou o pedido de decretação de prisão preventiva (até porque não podia), mas, aceitando os argumentos de que o crime que estava sendo praticado era permanente e, ainda, reconhecendo que os motivos da prisão preventiva estavam presentes, e que o crime era inafiançável, estando, assim, presente a exigida inafiançabilidade exigida pelo art. 53,§ 2º da CF, concluiu ser caso de se efetuar a prisão em flagrante do parlamentar e decretou a prisão, mandando expedir o respectivo mandado de prisão provisória. O que se decretou, acertadamente, foi uma "cautelar de prisão em flagrante", em uma clara demonstração tanto na decisão do Ministro Relator como na subsequente decisão da Segunda Turma do STF, de que a prisão em flagrante delito é ainda no Brasil uma prisão cautelar autônoma, e a única possível de ser efetivada para os casos de agentes que detêm a competência por prerrogativa de função, como é o caso de um parlamentar.

Portanto, com base no entendimento do STF, que melhor se ajusta ao caso em concreto, poderia o Senador a este título (prisão cautelar por flagrante delito) ficar preso até o fim do processo ou até que se desse o excesso de prazo, ou que fosse substituída por uma medida cautelar alternativa prevista no artigo 319 do CPP após a reforma processual penal, mas para esse último caso a prisão não deveria ser mais necessária e deveria o Senador preencher os necessários requisitos subjetivos. Tanto foi assim que, cerca de três meses depois, em fevereiro de 2016, como o Senador passou a colaborar com a operação lava-jato, houve a substituição da prisão provisória pelas medidas alternativas de recolhimento noturno e aos fins de semana e a obrigação de comparecimento a atos processuais e não se ausentar do país.

Antes de se prosseguir, com aspectos ainda controvertidos a serem analisados, seguem trechos da decisão de decretação da cautelar de flagrante, que depois foi confirmada, à unanimidade, pela 2º Turma do STF:

> RELATOR: MIN.TEORI ZAVASCKI. REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
>
> PROC.(AIS)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
>
> O tipo do art. 2° da Lei nº 12.850/2013 ("Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa") remete ao conceito estatuído no art. 1º [...] reconhecido

> como crime permanente (HC 112454, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 10-04-2013 PUBLIC 11-04-2013) e, como tal, contempla não só a possibilidade de flagrante a qualquer tempo (HC 101095, Relator(a): Min. GILMAR MENDES) [...] Aqui se cuida, em tese e pelas razões já examinadas, de estrito flagrante [...] Mas não é só. No mesmo art. 2º, porém em seu § 2º, lê-se: "Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa." Em qualquer caso, a hipótese é de inafiançabilidade decorrente do disposto no art. 324, IV, do CPP [...] A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o Texto Constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares [...]
>
> *Ante o exposto, presentes situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão cautelar* do Senador observadas as especificações apontadas e *ad referendum* da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal..Expeça-se mandado de prisão, a ser cumprido na presença de representante da Procuradoria-Geral da República [...]

Em casos normais, no Brasil, lavrado o auto de prisão em flagrante, como se sabe, o juiz deve ser imediatamente comunicado para observar a legalidade do ato. Considerando-o ilegal, e o anulando, deve relaxar a prisão, determinando a soltura imediata do agente. Mas, caso transposto esse juízo de prelibação, o magistrado, no ofício judicante que só a ele cabe examinar, até poderá, em outro momento, também relaxar a prisão, decretar a liberdade provisória ou a prisão preventiva. Porém, no caso de parlamentar preso em flagrante, a CF faz tratamento diferenciado. Aliás, trata desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Ou seja, para esses agentes, só é possível prisão em flagrante, nunca se transformando em preventiva, pois incabível. O que pode, segundo o STF – decisão que concordo plenamente – é se considerar os motivos da preventiva para se aferir a *inafiançabilidade*.

E qual seria o tratamento diferenciado dos parlamentares? Pensa-se, caberia ao Senado a mera análise da legalidade, ou seja, apenas o juízo de prelibação. E é essa a interpretação que se faz para o verbo *resolver* do constituinte (*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*).

O que ocorreu, no caso em concreto, foi que, talvez pela peculiaridade do caso e para se evitar todo esse *imbroglio*, é que a pretensa *última palavra do* STF *se deu antes da hora,* ou em primeiro lugar. O que, convenha-se, foi salutar, pois evitou

que, em apreciação meramente política, o Senado deliberasse sobre a ilegalidade ou não do cabimento da prisão. Em outras palavras, o Senado acabou por ter um "norte" quanto à legalidade da prisão provisória.

Assim, o que se pode concluir das decisões quase que simultâneas do STF (a monocrática e a da Segunda Turma do Tribunal), é que a prisão cautelar por flagrante ainda persiste de forma autônoma no Brasil, tanto assim que em caso de crime praticado por parlamentar é a única prisão cautelar possível.

No caso do senador, estava presente a flagrância, como foi demonstrado nas decisões do STF, tanto a monocrática como a colegiada, pois havia prática de crime permanente, o que permitiria a imediata prisão cautelar de flagrante do senador, já que a flagrância se prolongava no tempo.

O crime, como já se disse, e melhor se verá no próximo tópico, era inafiançável, pois, no caso, estavam presentes os motivos da preventiva, como preconiza o artigo 324, IV, do CPP, que foi citado na fundamentação, e tal dispositivo do CPP afirma não ser possível a fiança nessa hipótese e, portanto, é inafiançável, não cabendo fiança.

Foi feita uma interpretação gramatical e teleológica perfeitamente possível e, justamente por isso são inatacáveis as decisões do STF, que entendo como perfeitas.

O fundamento da decretação da prisão, portanto, foi o *de prisão cautelar de flagrante por crime inafiançável* e não de "uma prisão preventiva extraordinária" como originalmente havia pedido o Exmo. Procurador-Geral de Justiça, mas que, no caso, seria impossível pela previsão de incoercibilidade constitucional que possui Senadores da República e, portanto, o STF optou pelo melhor caminho, sendo a prisão decretada plenamente legal.

Lenio Streck, fazendo prévia apreciação do caso, traça interessante paralelo com nome do grego "Protágoras":

> [...] Protágoras... Quase poderia dizer que protagonismo vem de Protágoras (mas vem de *Protos* + *agonistes*; principal lutador). Por que estou falando (d)isso? Para lembrar as circunstâncias e contingências pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal. Sim. Por vezes, o STF está como o primeiro grego: *tem de nomear*. Assume o papel de *protos agonistes*. Só que, quando nomina, repercute. Para retomar os gregos: o STF, para o bem e para o mal, funciona (às vezes e em raríssimas exceções) como o *nomoteta*. E quem era *onomoteta*? Era o "dador de nomes". Na verdade, era o "grande legislador", como se vê na obra *Crátilo*. Não é por nada que, em alemão, legislador se chame *Gesetzgeber*, que quer dizer, literalmente, o que dá as leis (logo, legislador) [....][10]

[10] STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis o busilis-Delcidio> Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

E Lenio, ainda, aponta a impropriedade do pedido feito pelo Ministério Público Federal:

> [...] o PGR deveria explicar por que razão a mais alta autoridade do MP faz um pedido *contra legem*, que, fosse o STF interpretá-lo de forma mais ortodoxa, não o teria conhecido; afinal, se não existe prisão processual de parlamentar, como requerer a sua preventiva? (Sim, exatamente com esse nome?)[11]

E , quanto ao fundamento da decisão, assim, se manifesta o autor:

> [...] deixando de lado o debate sobre se *inafiançáveis* seriam apenas aqueles crimes referidos no próprio texto constitucional, temos que discutir o "nome" dado à prisão em flagrante nesse caso e suas repercussões para o futuro. Qual é a relação entre flagrante e permanência? Mas, mais do que o "nome" dado à flagrância, temos que discutir se o STF fez uma interpretação relativizando a imunidade ou se fez uma interpretação devidamente justificada pelas circunstâncias.
>
> Por óbvio, não estou sugerindo uma interpretação teleológica da Constituição. Todos sabem que não sou consequencialista. Não estou dizendo que o texto pode ser subvertido quando "um valor mais alto se alevanta" (*sic*). Não é isso. Mas uma coisa parece certa: em alguns casos muito excepcionais, se inaugura, institucionalmente, uma nova cadeia interpretativa (eis a característica da "mutabilidade" que parece ter ocorrido com a nominação de que falei) [...] [12]

Isso é correto, pois ante a falta de casos semelhantes (a hipótese nunca havia sido aventada) foi agora necessário dá-se interpretação coerente a ser aplicada em casos futuros, e nada mais certo que isso fosse feito por um *protagonismo* do STF.

Mas, não obstante o reconhecimento pelo STF da inafiançabilidade no caso em concreto, a questão que passou a ser discutida é se teria sido acertada ou não a decisão da mais alta Corte do Brasil, mormente ao entender que a inafiançabilidade não deve ser aferida só para os crimes em que a Constituição assegura que a lei determine a inafiançabilidade, mas que alcança também os crimes em que, pela lei, não são cabíveis de se conceder a fiança, e por esse motivo, também inafiançável, como foi o caso.

[11] STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis o busilis-Delcidio>. Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.
[12] STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis o busilis-Delcidio> Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

IV. Inafiançabilidade

A Constituição de 1988 fez previsão em três incisos do art. 5º das hipóteses de crimes inafiançáveis:

> XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> *XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;* (destaque nosso)
>
> XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

E, evidentemente, com a Lei nº 12.403/2011, o CPP teve que, necessariamente, para se adequar ao mandamento constitucional, reproduzir as vedações constitucionais de impossibilidade de concessão de fiança, isto é, teve que prever como não passíveis de fiança aqueles crimes que a Carta Constitucional estabelece que devam ser previstos na lei ordinária como inafiançáveis.

O CPP brasileiro e as leis especiais, em regra, admitem a fiança, mas podem ser previstos casos de vedação na lei ordinária de concessão do benefício, uma vez que, ao contrário da liberdade provisória sem fiança, a liberdade provisória com fiança é de maior vinculação, existindo parâmetros de vedação até pela Constituição Federal.

Assim, se é verdade que o STF tem evitado que permaneça em leis ordinárias hipóteses de inafiançabilidade somente em vista de gravidade dos crimes, em casos de hipóteses extraordinárias a inafiançabilidade ainda é prevista em lei, e isso é importante ressaltar, até porque, como a reforma de 2011, passou a admitir fiança para quase todos os crimes, era necessário o recrudescimento dos casos extraordinários em que a fiança seria admitida e, principalmente, que se deixasse no CPP a *inafiançabilidade* para os casos em que não tivesse o agente contra si *as hipóteses em que se permitiria a prisão preventiva* (art. 324, IV, do CPP).

Veja a hipótese de parlamentares que tenham (grande parte deles) condições de pagar os altos valores de fiança que foram fixados pós reforma de 2011, caso não houvesse esse "freio" da "inafiançabilidade" nunca ficariam presos, pois bastaria que adimplissem os altos valores, mas como em relação a tais agentes só se decreta a prisão provisória quando o crime for inafiançável, o sistema mantém a lógica, pois não irão poder obter a liberdade pagando os altos valores, coisa que será possível para agentes que não têm o foro por prerrogativa e praticam crimes afiançáveis. Assim a inafiançabilidade e, principalmente, a aferição para não conceder fiança por presença dos requisitos da prisão preventiva, acaba dando lógica e coerência ao sistema.

Aliás, a hipótese do art. 324, IV, como forma de se tornar impossível a fiança (inafiançabilidade), como lembra o professor Gustavo Badaró, se deu, historicamente, quando se ampliou, em 1977, as hipóteses de liberdade provisória, para fins de se manter a coerência do sistema, *verbis:*

> E a dita coerência, acrescenta-se, foi mantida com a reforma de 2011 – que mesmo retirando as restrições de inafiançabilidade (em virtude da gravidade de crimes) – *continuou deixando a possibilidade do arbitramento de fiança e deixando no texto do CPP, de forma consciente, a hipótese de sua não possibilidade de concessão (assim é caso de inafiançável) quando presentes as razões da prisão preventiva* (*art. 324, IV, do CPP*).[13]

Isso é importante para os casos de agentes que possuam prerrogativa de função, pois, como já várias vezes aqui frisado (inclusive nas decisões ora comentadas do STF) para esses só cabe a prisão provisória da prisão em flagrante, inclusive estando presentes os motivos que impedem a prisão preventiva, o que reforça o caráter de natureza cautelar da prisão em flagrante.

Logo que se seguiu a prisão do senador, como já é comum no Brasil, surgiram vários breves escritos em sites jurídicos, muitos desencontrados, nos quais foram defendidas várias vertentes e entre elas uma que parte do pressuposto de que a inafiançabilidade capaz de autorizar a prisão de parlamentar só pode estar entre aquelas previstas na Constituição, *in verbis:*

> [...] Os crimes inafiançáveis, como é de cursivo conhecimento, estão previstos no próprio texto constitucional (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), quais sejam: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos, e, por fim, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático [...] Não obstante, afastando-se da exigência constitucional, aduziu o STF que se trataria de caso de "inafiançabilidade" em virtude do disposto no artigo 324, IV, do CPP, o qual dispõe que não se concederá fiança nos casos em que estiverem preenchidos os requisitos da prisão preventiva. Assim, surpreendentemente, entendeu-se que a menção do art. 53, § 2º, a "crime inafiançável" não teria relação com os "crimes inafiançáveis" previstos na própria CF/1988. Teria relação, por outro lado, com qualquer hipótese de "inafiançabilidade", vale dizer,

[13] BADARÓ, Gustavo. *O Supremo e a inafiançabilidade ou:* por que prenderam o Delcídio? *In:* <http://justificando.com/2015/11/26/o-supremo-e-a-inafiancabilidade-ou-por-que-prenderam-o-Delcidio/>. Disponível na internet em: 26 nov. 2015.

> com qualquer hipótese de não cabimento da fiança determinada pela legislação infraconstitucional e aferida no caso concreto, a qual, no caso do Senador Delcídio, decorreria do cabimento da prisão preventiva [...][14]

Equivoca-se a autora, pois a razão está com a interpretação dada pelo STF, ou seja, para que o sistema tenha alguma lógica a consideração do termo "inafiançabilidade" deve levar em conta que o crime é inafiançável quando o fato praticado não é passível de cabimento de fiança e, assim, não deve se considerar somente as hipóteses restritivas da Constituição mas, também, as do Código de Processo Penal, mormente porque as hipóteses que estão hoje no CPP foram ali mantidas ou inseridas pela reforma de 2011 considerando o mandamento constitucional em relação aos crimes ali elencados, mesmo quanto à hipótese mantida do inciso 324, IV, desde 2011, e ninguém até hoje levantou a inconstitucionalidade por ali ter permanecido a hipótese.

Porém o que nos causou mais espécie na publicação foi a afirmação da autora de que havia uma confusão na decisão do STF e que essa era "tão patente quanto insustentável", afirmando que:

> [...] a redação do art. 324, IV, do CPP, note-se, apenas escancara o óbvio: a fiança constitui, de acordo com a atual redação do CPP, uma medida cautelar alternativa à prisão preventiva. Assim, decretada a preventiva, não há sentido em se conceder fiança, cuja finalidade é exatamente evitar a imposição da prisão: a fiança e a prisão preventiva e não a expressão da alternatividade dessas duas medidas, e não se confunde, a toda evidência, com a hipótese de crime inafiançável [...] [15]

Bem, o exposto pela autora é que não se sustenta, com o devido respeito. Ora, é evidente que a fiança não se constitui na atual redação do CPP uma "medida cautelar alternativa à prisão preventiva" (*sic*), pois se constitui, na verdade, uma modalidade de liberdade provisória, já que, as medidas alternativas são aquelas que estão no artigo 319 do CPP. Afirmar, como o fez a autora, que "a fiança é uma alternativa à prisão preventiva" significa não atentar para o fato de que existem, na doutrina e na legislação, dois tipos de liberdades provisórias, como já visto no primeiro tópico deste

[14] WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante*: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988, *in*: <http://emporiododireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiancavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>. Acesso em: 06 dez. 2015.

[15] WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante*: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988, *in:* <http://emporiododireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiancavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>. Acesso em: 06 dez. 2015.

artigo, a liberdade provisória sem fiança e a liberdade com fiança. *A possibilidade de fixação ou não da fiança é o que diferencia as espécies de liberdades provisórias e não é a fiança, de modo algum, uma alternativa à prisão preventiva e sim um vínculo da liberdade provisória mais gravosa*. A prisão preventiva pode ser decretada de forma autônoma, como pode vir a substituir a anterior prisão em flagrante (hoje essa *substituição* é feita, quando necessária a custódia cautelar, ao juiz receber a cópia dos autos de flagrante, mas pode optar o magistrado, ainda, por uma ou mais medidas alternativas – aí sim alternativas – do art. 319 do CPP). O disposto no artigo 324, IV, assim, ao contrário do que conclui a autora, não comporta qualquer tipo de alternatividade. Se trata sim, de se fixar uma impossibilidade em se conceder liberdade provisória com fiança (inafiançabilidade). Aliás, a fixação de fiança é, na verdade, uma forma de *substituir*, em regra, a prisão cautelar (mesmo que por prazo exíguo) que decorre do flagrante, com a imposição da liberdade provisória com fiança, o que fica claro nos casos de crimes até quatro anos, quando o próprio delegado de polícia pode arbitrar a fiança e, assim, o agente não será encarcerado provisoriamente. Evidente que *se em um primeiro momento foi decretada a prisão preventiva ao agente e, após, ante a novos elementos, for concedida a tal agente a liberdade provisória sem fiança, o juiz poderá até transformar, posteriormente, essa liberdade provisória sem fiança em uma liberdade provisória com fiança, mas isso se dá em razão de possibilidade de "substituição cautelar" (característica própria do sistema), mas nunca uma alternatividade, pois as medidas alternativas são apenas aquelas dos arts. 318 e 319 do CPP.*

Também não se pode dar ênfase, como se quer, a uma "impossibilidade" de se cumularem medidas cautelares, pois a reforma de 2011 tornou possível tal cumulação e, assim, o que antes era impossível no processo penal, ou seja, a "cumulatividade" de cautelares penais, agora passou a ser plenamente possível.

Consoante o art. 282, §1º, do CPP com a redação da reforma:

> §1º As medidas cautelares *poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente* (destaquei).

Apesar de ser um aparente contrassenso, essa mudança realizada pela reforma (antes só se admitia aplicação isolada e substitutiva de cautelares) foi essencial para o novo sistema, e a lei não distingue entre cautelares prisionais e de liberdade (cautelares e contracautelares) e, assim, apesar de parecer inconciliável, a lei não veda qualquer cumulação. É certo que, nos casos de *periculum libertatis* se presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva não se deve decretar a liberdade provisória mediante fiança, mas não se impede, no caso de prisão em flagrante – como foi o caso do senador, em que não se deu imposição de cautelar de prisão preventiva e sim de uma cautelar de prisão em flagrante (por imposição constitucional) – que possa ser substituída (alternada) essa prisão por uma prisão domiciliar ou outra medida do art. 319, na forma do §1º do art. 282.

Por fim, conclui a autora, sem também acerto, que:

> [...] não há que se confundir os casos em que é cabível a prisão preventiva (e por isso incabível a fiança), definidos pela legislação infraconstitucional (CPP, art. 312 c/c art. 313), com os casos de crimes inafiançáveis, decorrentes da Constituição de 1988 (art. 5º, LXII, LXIII, LXIV) [...][16]

Ora, não há qualquer confusão e o STF não incidiu em nenhuma impropriedade, pois o que define o art. 312 do CPP são exatamente os casos em que não seria possível a prisão preventiva, já, ao contrário, o que faz o artigo 324, IV, do CPP, é dizer que, *além daqueles casos indicados na Constituição* (os crimes inafiançáveis que o art. 324 repete, como não poderia deixar fazer a lei processual penal) também não se dará a fiança (ou seja: será inafiançável) se o agente tiver contra si aqueles elementos do art. 312. *Tais elementos, no caso, são utilizados para se considerar a inafiançabilidade no caso em concreto, e não para se decretar a prisão preventiva,* e foi isso o que entendeu o STF. Dessa maneira, se conclui que são coisas diversas, uma a consideração dos elementos do art. 312 para se decretar a prisão preventiva; outra a consideração desses mesmos elementos para se aferir a inafiançabilidade (ou não possibilidade de liberdade provisória com fiança), e foi essa última consideração a que foi feita pelo STF.

Quanto à exigência de inafiançabilidade, historicamente, não existe exigência que essa seja aferida somente através de crimes em que, na Constituição, se determine essa condição, pois, pelo contrário, na Constituição de 1946 também existia a incoercibilidade de parlamentares[17], que só podiam se presos em flagrante por crime inafiançável e, durante sua vigência tivemos um caso de senador da República no Brasil que cometeu um homicídio em pleno plenário da Casa, e que foi considerado *ser um crime inafiançável em face da previsão de inafiançabilidade fixada no Código de Processo Penal e não na Constituição.* Isso se deu na década de 1960, e o senador foi preso em flagrante por homicídio (cometido dentro do plenário da Casa), por ser o crime inafiançável por sua gravidade, pois à época, assim era a principal condição para o crime ser inafiançável pelo CPP.[18]

---

[16] WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante*: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988, *in*: <http://emporiododireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiancavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>. Acesso em: 06 dez. 2015.

[17] Assim era disposto na CF de 1946 "Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura (seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime) inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara". § 1º – No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa. § 2º A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

[18] O fato ocorreu durante uma sessão no Senado Federal em dezembro de 1963, sendo que era originada por velha rixa que envolvia os senadores Arnon de Mello (pai do ex-presidente Fernando de Collor de Mello) e Silvestre Péricles, representantes do estado de Alagoas. O Senador Péricles já havia, em Alagoas, ameaçado, durante um discurso, de matar o Riva e, desde esse fato, o pai do atual senador Collor passou a

Portanto, redação original do CPP, aliada à norma Constitucional, era mantida a lógica do sistema, pois, se o parlamentar não poderia ser preso por cautelar de prisão preventiva, poderia, por outro lado, ter sua liberdade restringida ao cometer crime grave (considerando grave, na época, o crime que fosse punido com mais de dois anos de reclusão como era previsto no CPP) pois eram tais crimes inafiançáveis. Agora não mais se afere inafiançabilidade em vista da gravidade do crime (após a reforma de 2011), mas, como se vê, tanto na redação antiga do CPP antes da reforma, quanto na redação atual, *também será inafiançável a prática delituosa caso o agente tenha contra si os motivos ensejadores da decretação de prisão preventiva*.

Destarte, nunca se quis dar "imunidade" tão drástica para a prisão de parlamentar, sempre bastou que se cometesse um crime em flagrante e que esse crime fosse inafiançável na forma do CPP.

Como afirmado, com a reforma de 2011 do CPP, foi retirada a gravidade abstrata do crime como impedimento da fiança, mas, por outro lado, foi deixada, propositalmente, a hipótese da existência de requisitos para decretação da prisão preventiva como impedimento da fiança, além de ter elencado aqueles crimes que a Constituição determinou que constassem de lei. A reforma poderia, perfeitamente, ter elencado outros crimes ou até deixar apontados critérios de gravidade para que não fosse possível a fixação da fiança (p. ex: pena igual ou maior que oito anos de reclusão), ou mesmo ter excluída a hipótese do art. 324, IV, CPP, mas não o fez. Questão de critério legislativo da reforma.

Ora, se inafiançáveis fossem somente aqueles crimes que a Constituição de 1988 *tenha assegurado que constassem da lei – do CPP – como tais,* por que teria o legislador da reforma de 2011 deixado no art. 324, IV, a "inafiançabilidade" para o caso de estarem presentes os motivos da preventiva? Veja que esse motivo já existia anteriormente.

O que se deveria questionar é por qual motivo foram retirados outros impedimentos à fiança (a ideia era retirar somente o critério da "gravidade", pois agora a fiança é mais ampla, podendo ser concedida a qualquer crime, desde que não haja impedimento legal) e, aí pergunta-se: porque não retiraram a hipótese de existência de requisitos a prisão preventiva para se impedir a concessão de fiança? Portanto, não foi por acaso, o legislador de 2011, apenas inseriu àqueles crimes que a CF *assegurou que constassem da lei como inafiançáveis*, *mas, é certo que, intencionalmente, deixou o disposto no art. 324, IV.*

---

portar sempre uma arma "Smith Wesson 38" na cintura. No dia 4 de dezembro de 1963, o pai de Collor, ao abrir os trabalhos na sessão do Senado, afirmou: "Senhor presidente, com a permissão de Vossa Excelência, falarei de frente para o senador Silvestre Péricles de Góes Monteiro, que me ameaçou de morte". E de pronto Péricles o chamou gritando de: "Crápula!". Ambos sacaram seus revólveres e o tiroteio começou, quando os senadores Kairala e João Agripino , na tentativa de evitar a tragédia se atracaram no chão com Péricles, com o fim de lhe tirar a arma das mãos. Foi quando Arnon de Mello disparou duas vezes contra o rival, mas acabou atingindo Kairala, que, baleado no abdome, foi levado em estado grave ao Hospital Distrital de Brasília, mas não resistiu aos ferimentos e faleceu. Os senadores responsáveis pelo tiroteio foram presos em flagrante, pois assim era previsto na CF e o crime era inafiançável na forma do então CPP. O Senado aprovou por 44 votos a favor e 4 contra a prisão em flagrante de Silvestre Péricles e Arnon de Mello.

Resta evidente, portanto, que para ser efetivada a prisão em flagrante de parlamentar, o que deve ser verificado é se o crime é inafiançável pelo CPP, já que o CPP, após a reforma de 2011, repete aqueles crimes assegurados pela CF para que sejam considerados inafiançáveis. Mas o que não se atenta é o que CPP, em dispositivo mantido após a Constituição de 1988 e pela reforma processual penal de 2011, elenca outro motivo para reconhecimento de inafiançabilidade (art. 324, IV, do CPP) que é a chave de resolução para o problema: o de que "também será passível de ser mantida a cautelar de prisão em flagrante, se o agente tiver contra si os requisitos que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP)". E é lógico que deve ser assim, pois, caso contrário, seria uma iniquidade, pois nunca (ou quase nunca) poderia ser preso um parlamentar se não praticasse os terríveis crimes em que a CF alia a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. Mas, existe uma diferença na Constituição Federal, uma vez que quando não se alia na CF a inafiançabilidade à imprescritibilidade como nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, como é o caso do art. 5º XLIII, só se assegura que os crimes elencados na CF sejam elencados na lei ordinária, mas não se impede que a lei ordinária elenque obstáculos à fiança (e, assim, é inafiançável), como é o caso de impedimento por ter o agente contra si os elementos que autorizam a prisão preventiva.

Portanto, para o STF e, também como penso, a inafiançabilidade de crimes não é restrita aos crimes elencados no artigo art. 5º, XLIII, da CRFB, mas pode, também, ser aferida naquelas outras hipóteses que sejam previstas em lei, como é o caso do inciso IV, do art. 324, do CPP.

Vejam que, evidentemente, deve se basear o STF na constatação de que o referido inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que "a lei considerará inafiançáveis os crimes...", ou seja, "diz quais crimes "não pode a lei deixar de apontar" (dito de outra forma: a CF aponta crimes que não podem ficar de fora do rol de não cabimento de fiança do CPP, *mas não retira a possibilidade de que outros fatos criminosos sejam previstos como "inafiançáveis"* (e nesse sentido, pelo menos para o caso do art. 5º, XLIII, da CF, esse pequeno rol de fatos criminosos ali assegurados para que constassem no CPP, seria uma forma meramente asseguradora ou exemplificativa e nunca taxativa). O mesmo se dá com o caso do art. 98, I, da CF que autorizou conciliação e transação penal para os juizados especiais, mas que não impede que a lei venha a prever uma "transação" para outros crimes, a chamada barganha do modelo norte-americano, e o mesmo ocorre, também, com o dispositivo constitucional que diz que os crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo júri, não impedindo, como toda a doutrina reconhece, que a lei arrole outros crimes a serem julgados pelo júri, já que a CF só assegura que o crime doloso contra a vida não poderá deixar de ser julgado pelo júri.

Saliente-se: o inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que "*a lei considerará inafiançáveis os crimes*" e indica quais, ou seja, não restringe ou impede que a lei ordinária aumente o rol, o que difere das outras hipóteses da CF (o inciso anterior (XLII) e o posterior (XLIV), nos quais não se admite uma extensão, pois nesses se veda, inclusive, a ocorrência de prescrição (são imprescritíveis).

Ademais, o dispositivo constitucional supra não está atrelado à incoercibilidade pessoal dos congressistas, que inclusive, na decisão do STF foi considerada como garantia de natureza relativa, uma vez que o art. 53, §2º, da CF está totalmente separado do art. 5º da mesma Constituição e, por outro lado, o dispositivo que trata da prisão de parlamentar, não faz qualquer menção ao dispositivo constitucional que elenca aquele pequeno rol de crimes inafiançáveis. O texto constitucional, no caso, apenas restringe a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares.

Dessarte, a verdadeira *vexatio quaestio* foi a enfrentada pelo STF, ou seja, interpretar se a "inafiançabilidade" exigida para a prisão do parlamentar abrangeria somente as hipóteses dos crimes indicados na CF ou, se também, abrangeria outras hipóteses em que a lei considera que outros crimes não sejam passíveis de fiança (veja: até por definição semântica *o que não é passível de fiança seria, por consequência, inafiançável*).

Como concluiu o STF do Brasil, em uma interpretação gramatical e até teleológica, pois o fim é que não se adote uma iniquidade que nunca foi adotada anteriormente, é que, para ser o crime inafiançável, basta que a lei não permita a fiança, prescindido daqueles crimes que foram meramente indicados ou assegurados pela CF que constassem da lei ordinária. Para mim isso é evidente, e foi o que o STF interpretou em relação ao parlamentar, chegando à conclusão de que não poderia ser outra a interpretação a ser conferida em tais casos aos detentores de prerrogativa de função, pois, se assim não o fosse, mesmo ante a fatos tão graves, como os praticados pelo senador, esses agentes públicos ficariam impedidos de ter contra si uma cautelar prisional[19].

Portanto, é relevante notar que são diferentes os teores dos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CF, porque, nesses incisos se entrelaçam inafiançabilidade e a imprescritibilidade. Já no inciso XLIII só se elenca um pequeno rol de crimes que o legislador constitucional apenas procura *garantir* que tais crimes não possam deixar de estar no rol de fatos típicos que sejam inafiançáveis no CPP ou em leis especiais, mas não impede que outras hipóteses penalmente típicas sejam consideradas "inafiançáveis", mediante outra previsões ou outros critérios utilizados pelo legislador ordinário (o STF cita na decisão expressamente o artigo 324, IV, do CPP). Já a imprescritibilidade e a inafiançabilidade, que andam de *mãos dadas* nos outros dois incisos, não podem ser alargadas, pois são hipóteses taxativas. Talvez por isso o legislador constitucional tenha optado por deixar em separado as hipóteses que aliam imprescritibilidade e inafiançabilidade do outro inciso em que consta o pequeno rol de crimes (XLIII) no qual apenas quis assegurar que constasse na lei como inafiançáveis, mas não de forma a impedir a fixação de outras hipóteses. Por que não dispôs tudo em só inciso, e por

[19] Aliás, já chega a defender, obviamente em posição muito isolada, que "parlamentar não mais poderia ser preso de forma alguma provisoriamente, posição que resulta em uma verdadeira iniquidade e rompe com toda a tradição a respeito do tema no Brasil, seja nas Constituições brasileiras, seja em leis ordinárias (*cf.* MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *In:* <http://emporiododireito.com.br/da-prisao-dos-congressistas-no-brasil-por-felipe-daniel-amorim-machado/>. Disponível a partir de 27 dez. 2015). Veja-se, assim, a que ponto se quer interpretar o tema no país, mesmo, que, como se alertou, seja uma posição isolada.

que no inciso XLIII apenas diz que a *lei ordinária considerará inafiançáveis*, e não fixou os crimes taxativamente?

V. Conclusão

Definitivamente a reforma de 2011 do Código de Processo Penal brasileiro não retirou completamente a autonomia da prisão em flagrante como cautelar e, assim, apesar de parte da doutrina entender que, a partir dessa reforma, a prisão em flagrante delito seria uma *precautelar,* na verdade, não há, a meu pensar e de outros autores, na legislação do Brasil essa "figura" ou "categoria" que não define qualquer natureza de um ato que segrega provisoriamente uma pessoa por um dia ou mais (que seria uma ilegalidade).

Como se demonstrou a prisão em flagrante delito é forma de prisão provisória autorizada pela Constituição, a única exceção de prisão que não necessita de prévia ordem judicial e, continua sendo uma medida cautelar autônoma, após a Lei nº 12.403/2011, mesmo que a sua autonomia tenha sido reduzida a um curto espaço de tempo. Caso se disse, a se pensar em contrário, a prisão em flagrante, mesmo que por um dia, seria ilegal e, por consequência, não se poderia dar a substituição por outra medida pelo juiz (é o que se dá quando se aplica o art. 310 do CPP, uma convolação ou substituição), pois não se pode substituir o que é um "nada jurídico" ou um ato legal, mas tão somente relaxar o ato, como é intuitivo.

A previsão constitucional de que os parlamentares "só podem ser presos provisoriamente por *flagrante delito*, não se admitindo em relação a esses, decretação de prisão preventiva, *é um argumento final inconteste no sentido de que a prisão em flagrante delito continua sendo uma medida cautelar autônoma*.

A recente prisão provisória de um senador da república no Brasil, líder do Governo no Senado, foi um fato inusitado e incomum e, apesar de opiniões doutrinárias divergentes, a natureza da prisão, em vista de mandamento constitucional, não podia ser outra do que "a prisão cautelar por flagrante delito", já que, no Brasil, o parlamentar não pode ser preso por cautelar de prisão preventiva.

No caso, o parlamentar estava em flagrante delito por prática de crime permanente e, assim, era passível de ser preso em flagrante delito, já que o estado de flagrância, nessa hipótese, se prolonga no tempo. E se o senador estava em flagrante delito, é evidente que o parlamentar poderia ser preso até mesmo por qualquer um do povo, na forma do artigo 301 do CPP.

O crime praticado, como entendeu corretamente o STF era inafiançável, pois no caso, estavam presentes os motivos da preventiva, como preconiza o artigo 324, IV, do CPP, que foi citado na fundamentação, e tal dispositivo do CPP afirma não ser possível a fiança nesse caso e, portanto, é inafiançável. Foi uma interpretação gramatical e teleologicamente perfeitamente possível, e tendo sido a adotada, sem dúvida, pelo STF.

O fundamento da prisão provisória decretada pelo STF, assim, foi o de existência de uma "cautelar de prisão em flagrante por crime inafiançável" e não de "uma prisão

preventiva extraordinária" como originalmente havia pedido o Exmo. Procurador-Geral de Justiça, até porque, no caso, a decretação de prisão preventiva seria impossível pela previsão de incoercibilidade constitucional que possui um senador da República.

O STF, assim, não incidiu em nenhuma impropriedade, pois o que são definidos no art. 312 do CPP são exatamente os casos em que não se possibilita a prisão preventiva *e, o que faz o artigo 324, IV, do CPP, é dizer que, além daqueles casos de crimes assegurados pela Constituição de que devem, como tal, figurar na lei como inafiançáveis, também não se dará a fiança (ou seja: será também inafiançável) quando o agente tiver contra si aqueles elementos do art. 312*, por força de dispositivo legal mantido na reforma de 2011 e plenamente compatível pela Constituição Federal.

Os elementos do artigo 312 e no art. 324, IV, ambos do CPP, são utilizados, no último dispositivo, em uma técnica *referida*, para se garantir a inafiançabilidade no caso em concreto, mesmo fora da incidência dos crimes citados somente de forma asseguradora no art. 5º, inciso XLIII da CF, e não para se decretar uma prisão preventiva, como chegou a ser defendido por alguns, e foi naquele sentido (o correto) a decisão do STF". São coisas diversas, uma a consideração dos elementos do art. 312 para se decretar a preventiva, outra a consideração para se negar a fiança, e foi essa última consideração que foi feita pelo STF. Ademais, como já dito, *a decretação de prisão preventiva de parlamentar, mesmo que se fosse para substituir uma anterior prisão em flagrante, é impossível de ser efetivada, pois a Constituição Federal não o permite.*

A única hipótese de alteração da situação do senador, em tese, seria a aplicação alternativa recolhimento noturno ao domiciliar ou outras medidas alternativas, de forma isolada ou em conjunto (cumulativas), o que foi feito posteriormente, pois, com a delação premiada, passou a ser possível a aplicação de uma das medidas alternativas do art. 319 do CPP, em face das circunstâncias e as razões de proporcionalidade e necessidade (art. 282 do CPP) que foram consideradas, três meses após a prisão, pelo STF.

O inciso XLIII, do art. 5º da CF, diz que "a lei considerará inafiançáveis os crimes [...]", e aí passa a elencar alguns crimes para *assegurar que esses crimes a lei não pode deixar de elencar como inafiançáveis* e, assim, a CF aponta crimes que não podem ficar de fora do rol de não cabimento de fiança do CPP, mas não retira a possibilidade de que outros fatos criminosos sejam previstos como *inafiançáveis*. O mesmo se dá com o caso do art. 98, I, da CF que autorizou a conciliação e transação penal para os juizados Especiais, mas que não impede que a lei venha a prever uma "transação" para outros crimes que não sejam de pequeno potencial ofensivo (o que já vez em outros tempos com a embriaguez no trânsito, p.ex), e também com o dispositivo constitucional que diz que os crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo júri, não impedindo, todavia, que a lei arrole outros crimes a serem julgados pelo júri, já que, a CF só assegura que o crime doloso contra a vida não poderá deixar de ser julgado pelo Júri.

Ademais, o dispositivo constitucional que assegura a inafiançabilidade de alguns crimes está em inciso do art. 5º da CF e, portanto, não está atrelado à incoercibilidade pessoal dos congressistas, já que essa está prevista em outro momento (art. 53, §2º,

da CF) e, assim, totalmente separada do art. 5º da mesma Constituição, não fazendo o dispositivo qualquer menção ao art. 5º da CF, sendo que no art. 53,§ 2º, da CF, apenas se repete o que já existia como previsão, por exemplo, na Constituição de 1946, que remetia, por a uma interpretação lógica e integrativa ao CPP. Aliás, essa incoercibilidade dos parlamentares, inclusive, na decisão do STF foi considerada como uma garantia de natureza relativa.

As decisões do STF, que geraram tanta discussão, longe de serem decisões impróprias e incabíveis como foi defendido por parte da doutrina, foram coerentes e fundamentadas e, consoante Lenio Streck:

> [...] o que mais deve nos preocupar não é fato em si, isto é, se a Suprema Corte acertou ou errou ao dar o sentido do alcance da expressão "flagrante", estendendo-o até caber no conceito de crime permanente, ou se crimes inafiançáveis não são apenas o racismo, o tráfico, a tortura, o terrorismo, a ação armada contra o Estado e os crimes hediondos. Não. O que mais deve preocupar a comunidade greco-forense (permito-me a alegoria) é o dia seguinte: já que o STF *deu o nome a essas coisas novas* [...] o *busílis* da questão do caso Delcídio: quais serão as repercussões dos sentidos atribuídos pelo Supremo Tribunal? O *busílis* é que nos resta saber qual é a régua (régua = medida, lembrando de Protágoras) que o STF usará nas causas que vem por aí tratando de prisão em flagrante e sua respectiva extensão a partir do critério da permanência da atividade criminosa. *Nome dado, nome que fica?* Do mesmo modo, terá que definir qual a medida que usará para definir a prisão preventiva em casos de inafiançabilidade[...] Se pensarmos, por exemplo, que a jurisprudência deve ter estabilidade, coerência e integridade, talvez o grande problema do STF seja o "de que modo ele tratará os próximos casos". Não parece que o caso Delcídio possa ser entendido como o estabelecimento provisório de um Estado de Exceção Hermenêutico, algo que o jornalista-filósofo da *Folha de S.Paulo*, Hélio Schwartsman, chamou de "*Decisão forçada*" [....] O nome que o STF dá é o nome que fica? Eis o busílis do caso Delcídio![20]

Assim, não temos dúvida de que dada a coerência e integridade que são comuns nas decisões do Supremo Tribunal Federal que, daqui para frente, essas serão as orientações a serem seguidas e mantidas: a cautelar de prisão em flagrante delito conserva sua autonomia e é a única forma de prisão que pode ocorrer para parlamentares e agentes com foro por prerrogativa de função (portanto, até que

[20] STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum. In:* <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-STF-fica-eis- busílis-o-delcidio>. Disponível na Internet em: 3 dez. 2015.

haja aplicação de medida alternativa – arts. 318 e 319 do CPP – será a cautelar de prisão em flagrante que, de forma autônoma, subsistirá) e, ainda, que a condição de "inafiançabilidade" exigida para a prisão de tais agentes deve ser aferida em vista, não só daqueles crimes elencados e assegurados na Constituição, mas também no Código de Processo Penal, codificação que, além daqueles crimes assegurados pela CF, elenca o impedimento de não poder ter o agente contra si os requisitos da prisão preventiva (art. 324,IV, do CPP) para que seja o crime praticado afiançável.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *O Supremo e a inafiançabilidade ou*: por que prenderam o Delcídio? *In:* <http://justificando.com/2015/11/26/o-supremo-e-a-inafiancabilidade-ou-por-que-prenderam-o-delcidio/>. Disponível na internet em: 26 nov. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Reforma do CPP deve corrigir distorções sobre prisão e liberdade provisórias.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/reforma-cpp-corrigir-distorcoes-prisao-flagrante>**.** Publicado em: 01 mar. 2015.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Curso de Processo Penal*. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. *Da prisão e liberdade provisória.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/da-prisao-dos-congressistas-no-brasil-por-felipe-daniel-amorim-machado/>. Disponível a partir de 27 dez. 2015.

WANDERLEI, Gisela Aguiar. *Flagrante de crime inafiançável e inconstitucionalidade flagrante*: limites e possibilidades da prisão de parlamentares federais na CF/1988. *In:* <http://emporiododireito.com.br/flagrante-de-crime-inafiancavel-e-constitucionalidade-flagrante-limites-e-possibilidades-da-prisao-de-parlamentares-federais-na-cf88>. Acesso em: 06 dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum. In:* <http://www.conjur.com.br/2015-dez-03/senso-incomum-nome-stf-fica-eis-busilis-delcidio>. Disponível na internet em: 3 dez. 2015.

O que Há de Significativo na Insignificância?

Marco Antonio Santos Reis*

Resumo

No presente trabalho o chamado princípio da insignificância será investigado sob quatro perspectivas: origem, conceito, fundamento e consequências jurídicas. O estudo critica a compreensão e a aplicação da insignificância no direito brasileiro. De acordo com nossa opinião, a insignificância não é em si mesma um princípio, mas um resultado negativo da aplicação do critério da proporcionalidade no âmbito do princípio da lesividade.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegende Arbeit wird das sogenannte Geringfügigkeitsprinzip unter vier Perspektiven untersucht: (i) die Herkunft; (ii) die Grundlage; (iii) der Begriff (iv) und die rechtlichen Folgen. Die Studie kritisiert das Verständnis und die Anwendung des Geringfügikeitsgrundsatzes in der brasilianischen Rechtsprechung. Unserer Meinung nach ist die Geringfügigkeit an sich kein Prinzip, sondern ein negatives Ergebnis der Anwendung des Verhältnismäßigkeitskriterium in Rahmen des Schädlichkeitsprinzipes.

1. Introdução e Plano de Investigação

O chamado princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) desde a sua introdução no debate jurídico-penal brasileiro tem gerado controvérsias ainda distantes de serem completamente compreendidas e solucionadas, não obstante o sem-número de trabalhos escritos a respeito.

No que concerne ao roteiro deste escrito, eis a ordem de apresentação de ideias acerca da insignificância: (i) conceito, natureza e fundamento; (ii) o modo como é compreendido pela jurisprudência e doutrina brasileiras; (iii) os problemas da perspectiva acolhida em (ii); (iv) a exposição do próprio entendimento e conclusões.

Consoante o presente artigo, o chamado princípio da insignificância não possui existência autônoma, senão derivada. Em rigor conceitual, tampouco tem

* Escrito por Marco Antonio Santos Reis. Promotor de Justiça Substituto do MPRJ. Mestre em Direito pela UERJ. Ex-Professor de Direito Penal da UFRJ-FND. Ex-Professor da Emerj.

a natureza de princípio jurídico-penal[1][2]. Dito de modo sintético: a insignificância é um *resultado negativo da concretização do princípio da lesividade, o qual se actualiza por meio da operacionalização do critério da proporcionalidade*[3]*, mais especificamente, mediante o subcritério da necessidade*.

As premissas orientadoras da aplicação do princípio da lesividade e da constatação ou não da insignificância decorrem das finalidades do direito criminal, a saber: (i) a necessidade de afirmação, fortalecimento e manutenção da crença ou consciência da essencialidade dos valores inerentes e derivados da pessoa humana e da ordem jurídica, esta enquanto conjunto de pressupostos para a salvaguarda daquela; (ii) limitar e esclarecer as esferas do proibido e do permitido; (iii) a atribuição de responsabilidade pelo desrespeito ao valor da pessoa humana manifestado na conduta criminosa.

2. Insignificância e sua Natureza Jurídica

O chamado princípio da insignificância ingressou na literatura jurídico-penal por meio de um trabalho de Claus Roxin, na década de sessenta, no qual o autor salienta o seguinte:

> c) O princípio da insignificância. O antigo princípio "*mínima non curat praetor*" aplica-se ao constrangimento ilegal em medida especial. Intervenções forçadas sem duração e sem consequências dignas de nota não são socialmente lesivas em sentido material. Quem, por exemplo, por brincadeira deixa a porta bater no nariz de outrem, age formalmente de modo não permitido. Uma vez que a afetação não tem um peso sério, deve-se negar uma perturbação, aqui, a uma convivência ordenada, de modo que um constrangimento punível

[1] Por princípio o trabalho entende o conjunto de premissas ou pontos de partida que além de serem fundamentos do Direito, orientam a aplicação das normas jurídicas. Assim, por exemplo, a legalidade é um princípio, pois uma norma jurídica só pode ser aplicada se prevista no ordenamento. A legalidade é um princípio jurídico geral, e não só do Direito Penal. O princípio da lesividade, por seu turno, é um princípio específico (mas não exclusivo) do Direito Criminal, uma vez que uma norma jurídico-penal incriminadora só pode existir e ser aplicada se encerrar alguma lesão ou risco relevante de lesão a um determinado bem jurídico, que materializa um determinado valor essencial à convivência social. A intervenção mínima é outro princípio específico do Direito Penal, pois a norma jurídico-penal incriminadora só pode existir para os casos mais graves de vulneração ou de risco de vulneração de certos bens jurídicos mais relevantes.

[2] A insignificância não é um princípio, porque não passa de um resultado da aplicação do princípio da lesividade. Dizer que uma norma jurídico-penal não pode se justificar frente a condutas cuja ofensividade é irrisória ou inexistente é apenas uma forma parcial, fragmentária e negativa de expressar o princípio da lesividade.

[3] A proporcionalidade não é princípio, porque não tendo conteúdo material, senão formal, não pode ser premissa de nada. A proporcionalidade não é um postulado porque não é uma premissa autoevidente, indiscutível. A proporcionalidade é um critério utilizado no Direito para aferir quando uma determinada medida é ou não proporcional. Critério é o sinal por meio do qual se distingue uma coisa de outra. O critério da proporcionalidade é o sinal por meio do qual se distingue medidas proporcionais de desproporcionais, sendo proporcional no direito, a propriedade da medida que é idônea a atingir um fim; necessária ao atingimento deste e que, afinal, não implica ofensa a direito fundamental.

> é de ser excluído. Nomeadamente no caso de impactos superficiais no tráfego, o princípio desempenha papel significativo. No caso da ameaça este princípio já se apresenta no elemento legal exigido da sensibilidade do mal prometido.[4]

Uma leitura compreensiva do exposto acima demonstra que o princípio da insignificância funciona para o autor como um princípio interpretativo geral e que, inclusive, pode ser aplicado a crimes praticados com grave ameaça, conforme o próprio Roxin salienta no trecho acima em relação aos crimes de ameaça (*Drohung*) e de constrangimento ilegal (*Nötigung*)[5].

De forma escancarada o próprio Claus Roxin em seu manual:

> A resposta correta resulta de uma interpretação restritiva, orientada à proteção de bens jurídicos... Ademais, só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (classe) de injusto deixa claro por que uma parte das insignificâncias é atípica e, a rigor, está excluída pelo próprio teor legal, porém, por outra parte, como, por exemplo os furtos de bagatela, preenchem, sem dúvida, o tipo: a propriedade e a posse também são vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só será atingido com uma certa intensidade de contato"[6] (tradução e grifo nosso).

---

[4] ROXIN, Claus. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*. *In: Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Walter de Gruyter, 1972, p. 193. Trecho no original: "c) Der Geringfügigkeitsprinzip. *Der alte Grundsatz 'mínima non curat praetor' gilt bei der Nötigung in besonderem Maße. Zwangseinflüsse ohne Dauer und nennenswerte Folgen sind nicht im materiellen Sinne sozialschädlich. Wer z.B. einem anderen aus Schabernack einen Augenblick lang die Tür vor der Nase zuhält, handelt formal unzulässig. Da die Beeinträchtigung aber ernstlich nicht ins Gewicht fällt, muß man hier eine Störung des geordneten Zusammenlebens verneinen, so daß eine bedeutsame Rolle. Im Falle der Drohung ist dieser Prinzip schon im gesetzlich geforderten Merkmal der "Empfindilichkeit" des Übels enthalten*".

[5] No Brasil, compreendendo com maior clareza a lição do Roxin, cite-se Felinto Martins Filho no seguinte trecho: "Assim, se bem compreendido como critério de valoração de elementos do tipo, tal como proposto por Roxin, seu formulador, o princípio da insignificância pode e deve ser aplicado em delitos que contenham as elementares de grave ameaça, tal como no roubo. Note-se que o decisivo, no julgado, foi a ausência de temor das vítimas, pois a conduta não chega a intimidar, sendo, portando insignificante a ameaça: por consequência, inexiste o crime de roubo". *Cf.* FILHO, Felinto Martins. *Aplicabilidade do princípio de insignificância nos delitos de roubo.* Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30648/aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-nos-delitos-de-roubo#ixzz3aRnbh72s>.

[6] ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. *Auflage. Müchen: CHBeck*, 2006, p. 299. Trecho original traduzido: "*Die richtige Lösung ergibt sich also jeweils durch eine am geschützten Rechtsgut orientierte, einschränkende Interpretation … Auch macht nur eine streng rechtsgutsbezogene, auf den jeweiligen Unrechtstyp abstellende Auslegung deutlich, warum Geringfügigkeiten teils tatbestandlos sind und oft schon durch den Gesetzeswortlaut ausgeschieden werden, zum Teil aber auch , wie etwa Bagatelldiebstähle, den Tatbestand zweifelsfrei erfüllen: Eigentum und Gewahrsam werden auch durch den Diebstahl geringfügiger Gegenstände schon verletzt, während in anderen Fällen das Rechtsgut erst bei einer gewissen Intensität der Berührung beeinträchtigt wird.*

A origem da chamada insignificância, porém, conforme pontua a doutrina, por vezes se funda em uma interpretação teleológica do tipo, como quer Roxin; ora na ideia de adequação social.

Nas palavras de Saal[7], resta absolutamente claro que:

> O princípio da insignificância deve ser estabelecido apenas como *regra geral de interpretação* do nível do tipo (...) No entanto é questionável como esta exclusão do tipo deve ser classificada juridicamente. Para alguns, poderia se tratar de um caso de aplicação da teoria da adequação social; para outros, trata-se de um subcaso de uma redução teleológica.

A adequação social (*soziale Adäquanz*) é, assim, na lição de Welzel uma espécie de pressuposto implícito ou assumido do estado normal da liberdade social. Ela "não é de maneira alguma necessariamente um comportamento socialmente exemplar, mas um comportamento que integra a liberdade social de ação"[8].

A despeito da vagueza de conteúdo, reconhecida pelo próprio Welzel[9] e de seu esvaziamento na doutrina[10], a adequação social, e embora não seja defendida nesta sede como fundamento da ideia de insignificância, demonstra algum acerto, pois o que é ou não insignificante, em alguma medida, decorre dos cânones socialmente predominantes em dada comunidade.

Estes cânones, contudo, devem decorrer dos valores incorporados pela ordem jurídica, valores estes indissociáveis do valor maior da pessoa humana. Tal ponto, porém, será tratado de maneira mais detida em apartado ulterior.

---

[7] SAAL, Martin. Das *Vortäuschen einer Straftat* (§145 StGB) *als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Berlim: Dunckler und Humblot, 1996, p. 122. Trecho no original: "*Damit ist deutlich geworden, dass das Geringfügigkeitsprincip als allgemeine Auslegungsregelung allein der Ebene des Tatbestands anzusiedeln ist.(...) Fraglich ist allerdings nunmehr, wie dieser Tatbestandsausschluss rechtlich einzuordnen ist. Zum einer könnte es sich hierbei um einen Anwendungsfall der Lehre von der sozialen Adäquanz, zum anderen um einen Unterfall teleologischer Reduktion Handeln*".

[8] WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1969, p. 56-57. Trecho traduzido: "*Sozialadäquates Verhalten ist keineswegs notwendig ein sozialvorbildliches Verhalten, sondern ein Verhalten im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit.*"

[9] *Ibidem*, p. 56: "*Dieser Rahmen ist nicht immer leicht und nicht schlagwortartig zu bestimmen*" (Tradução nossa: Este âmbito nem sempre é fácil de se determinar e não se apresenta como um 'slogan'").

[10] É de se salientar que o próprio Welzel mudou de ideia algumas vezes quanto à natureza jurídica da ideia de adequação social, ora posicionando-a no tipo, ora na antijuridicidade e, por fim, como princípio geral de interpretação: "A adequação social é um princípio geral de interpretação, cujo significado não se limita de modo algum ao direito penal, mas engloba a ordem jurídica inteira" (tradução do autor). Trecho traduzido: "*Die soziale Adäquanz ist ein allgemeines Auslegungsprinzip, dessen Bedeutung sich keineswegs auf das Strafrecht beschränkt, sondern die ganze Rechtsordnung erfaßt*". *Ibidem*, p. 58. Como salienta a doutrina de Eser: "Na vantagem acima destacada repousa, contudo, ao mesmo tempo, a maior fraqueza da teoria da adequação social: sua indeterminação e borrosidade conceitual". *In*: ESER, Albin. *Sozialadäquanz*: *eine* überflüssige *oder unverzichtbare Rechtsfigur?* Überlegungen *anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen. In: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, p. 199-212. Trecho traduzido: "*In dem vorgenannten Vorteil wird jedoch zugleich die größte Schwäche der Lehre von der Sozialadäquanz gesehen: ihre Unbestimmtheit und begriffliche Unschärfe*".

Por ora, basta dizer que a insignificância não é princípio interpretativo geral, pois tampouco é princípio, mas, como já dito, mero produto, resultado da concretização do princípio da lesividade mediante o critério de proporcionalidade.

Por outro lado, a insignificância não é um subcaso da adequação social porque aquilo que é reputado adequado socialmente só é assim apreciado após uma ponderação entre o que acontece e o que é considerado normal dentro de uma sociedade. A insignificância é, assim, o resultado de um exame de necessidade da incidência de uma dada norma jurídico-penal. Ela está no fim da cadeia de operações e não no princípio, no início. É um ponto de chegada e não de partida. Ademais, a adequação social, nos moldes aduzidos por Welzel não traz consigo os critérios e premissas que permitem esse exame.

Conforme já dito, a insignificância é a resultante (negativa) da aplicação concreta do princípio da lesividade. Deriva da lesividade porque a insignificância se dimensiona na análise do potencial de ofensa de uma conduta em relação não só ao bem jurídico, mas, sobretudo ao valor que o informa, bem como quanto ao potencial de ofensa à ordem jurídica.

O critério da proporcionalidade tem sua dimensão de aplicabilidade no bojo de uma relação entre meio e fim. O exame de proporcionalidade aplica-se, destarte, na hipótese de "uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade"[11]. A proporcionalidade, enquanto critério, é o sinal decisivo de que uma determinada medida é adequada à realização de um fim; necessária à realização deste fim e que a realização deste não compromete nenhum direito constitucionalmente estabelecido.

A proporcionalidade enquanto critério é algo neutro. Prescinde da determinação das premissas ou finalidades em questão. Neste sentido, a caracterização da lesividade é uma condição necessária à incidência ou não de normas penais incriminadoras e há de respeitar as finalidades atribuídas ao Direito Penal, conforme salientado na introdução, a saber: a afirmação e manutenção da crença ou consciência da essencialidade dos valores abrigados pela ordem jurídica e que remontam ao valor da pessoa humana em uma concepção não meramente individualista ou egocêntrica, mas *individual-coletiva*[12].

A aplicação do critério da proporcionalidade, quando inserido no contexto do princípio jurídico-penal da lesividade, abrange as seguintes etapas em forma de indagações:

a. A incidência de norma penal incriminadora 'p' sobre a conduta 'x' é meio eficaz ou idôneo a fomentar ou fortalecer o valor da pessoa humana e a crença/consciência da essencialidade do valor 'y' que fundamenta o bem jurídico-penal 'z'?

b. A incidência de norma penal incriminadora 'p' sobre a conduta 'x' é necessária/o meio menos restritivo para garantir a manutenção da crença/consciência da essencialidade do valor 'y' que fundamenta o bem jurídico 'z'?

---

[11] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.205,206. Um alerta: não concorda e tampouco adota a definição de Ávila quanto à natureza de postulado da proporcionalidade.

[12] Vide nota de rodapé nº 50.

A insignificância é, justamente, o resultado negativo para este segundo questionamento, donde resta claro que a conduta em apreço é não apenas não lesiva, mas prescindível da intervenção jurídico-penal.

A resposta negativa a este segundo questionamento depende, porém, de respostas negativas a outras perguntas, a saber: a) qual foram o grau e extensão da afetação do bem jurídico em questão (desvalor do resultado); b) qual foram o grau e extensão da ofensividade (potencial de lesão ou idoneidade) da conduta em si em relação ao bem jurídico (desvalor da conduta); c) se a conduta representa uma afetação relevante do valor da pessoa; d) se a conduta representa uma afetação significativa para a crença/consciência da essencialidade e manutenção dos valores da ordem jurídica (avaliar, entre outras coisas, o efeito cumulativo com o risco de reiteração da conduta caso esta seja reputada insignificante). A resposta positiva a quaisquer dessas indagações já torna a conduta significativa de algum modo para a ordem jurídico-penal.

3. Os Pontos Cegos do Atual Entendimento e Aplicação do Princípio da Insignificância no Brasil

A título de síntese, três são os pontos cegos acerca da compreensão e aplicação do princípio no Brasil: (i) o problema da importação irrefletida do instituto; (ii) o problema da inexatidão conceitual e dos parâmetros de incidência; (iii) o problema das consequências desta aplicação irrefletida.

3.1.1 O Problema da Inexatidão Conceitual

3.1.1.1 A Chamada Infração Bagatelar Própria e Imprópria

A idealização dos conceitos acima se deve a FLÁVIO GOMES. Segundo o próprio autor[13]:

> Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há relevante desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Sintetizando: o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência.

[13] <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200602070940139>.

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.

Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Existem alguns problemas no delineamento acima. O *primeiro* deles é que soa absolutamente artificial e mesmo estranho dizer que o chamado princípio da *irrelevância penal do fato* se liga à infração bagatelar imprópria, na qual, segundo o próprio autor, existe um desvalor da ação (*Handlungsunwert*) e um desvalor do resultado (*Erfolgsunwert*). Ora, se se afirmam desvalores da ação e do resultado, então por qual razão se diz que tal estado de coisas está ligado a algo chamado de princípio da irrelevância penal do fato? Se há desvalor da conduta e do resultado, então é óbvio que o fato é, sim, penalmente relevante!

Se conforme esclarece JESCHECK, "o desvalor do resultado repousa na lesão ou colocação em perigo do objeto de ação protegido", enquanto o desvalor da ação "no tipo e maneira de sua perpetração"[14], então o injusto está caracterizado! O fato em si corresponde justamente ao injusto, classicamente formado pela junção do desvalor da conduta e do resultado. Ao estipular as expressões "infração bagatelar imprópria" como algo decorrente de um suposto princípio da irrelevância penal do fato, Flávio Gomes erra duas vezes: a) primeiro porque se tais ideias estão ligadas a uma ideia de desnecessidade de pena, seja por considerações político-criminais, seja

[14] *Cf.* JESCHECK, Hans-Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts. Fünfte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, p. 240. No original: "In der Verletzung oder Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts liegt der Erfolgsunwert der Tat, in der Art und Weise ihrer Begehung der Handlungsunwert"

por considerações afetas à culpabilidade, então a expressão "irrelevância penal *do fato*" soa rigorosamente ilógica, pois o fato praticado continua relevante. Apenas o seu autor, supostamente, não precisa ser apenado; em segundo lugar porque insere uma nomenclatura absolutamente dispensável, possibilitando a confusão entre insignificância e bagatela com questões atinentes à necessidade de aplicação de pena, conceito este, conforme veremos, já existente na obra de ROXIN.

O *segundo problema* é o seguinte: a leitura do art. 59[15] não é adequada. O disposto no art. 59 do diploma penal não estatui que o juiz possa deixar de aplicar uma determinada sanção penal em função de critérios informadores de uma suposta desnecessidade de pena. O que está exposto no referido dispositivo é o seguinte: o juiz deverá avaliar as chamadas circunstâncias judiciais e, com base nestes elementos, irá fixar as penas aplicáveis, entre as cominadas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Noutros termos: (i) em primeiro lugar, o dispositivo não diz que o juiz pode deixar de aplicar a pena com base nas circunstâncias judiciais; (ii) em segundo lugar, o dispositivo diz, sim, que o juiz deverá aplicar alguma pena, dentro dos limites cominados; (iii) em terceiro lugar, a necessidade e suficiência não se ligam à desnecessidade de pena, mas à reprovação e prevenção do crime; (iv) em quarto lugar, sempre que por razões de política-criminal o legislador permite ao juiz a não aplicação de pena, este o faz de modo explícito por meio da hipótese do perdão judicial. Em particular, não existe esta hipótese, por exemplo, no caso de furtos de bagatela, o que reforça a inadequação do construto teórico; (v) os demais incisos do artigo pressupõem de uma forma ou de outra a existência de pena aplicada!

A quantidade da pena aplicável será avaliada à luz das circunstâncias judiciais e do juízo de necessidade para a reprovação e prevenção. Também respeitando este raciocínio será determinado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa de liberdade por outra. Ou seja, pressupõe-se a aplicação de pena! Portanto, com base em qual premissa legal o autor infere do dispositivo o fundamento para a chamada desnecessidade de pena?

É de se ressaltar, ainda, que a ideia de desnecessidade de pena não é uma criação brasileira, mas consta da obra de ROXIN. Segundo este autor, a culpabilidade (*Schuld*) e a necessidade preventiva de punição jurídico-penal (*präventive Notwendigkeit strafrechtlicher Ahndung*) são pressupostos de uma categoria maior da responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

A construção teórica objeto de crítica neste apartado não atende às necessidades de uma dogmática capaz de prover segurança jurídica, objetividade e clareza no domínio dos critérios de incidência da insignificância. *Primeiro* porque

[15] Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis entre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

quando menciona a chamada infração bagatelar própria, simplesmente dá um outro nome (mais complicado e, por isso dispensável) ao chamado princípio da insignificância. Em *segundo lugar* porque também demonstra desconhecer o conteúdo do princípio da insignificância tal como foi concebido originalmente. *Em terceiro lugar*, porque, conforme visto, a ideia de infração bagatelar imprópria é não só confusa, como a chamada desnecessidade de pena já é uma construção teórica previamente definida por ROXIN. A formulação de FLÁVIO GOMES, a despeito de merecer respeito, não agrega nenhum valor ao já desenvolvido por ROXIN e, ademais, permite confusões ao estudante incauto[16].

3.1.2 O Problema da Inexatidão dos Parâmetros ou Critérios de Aplicação

Segundo o Supremo Tribunal Federal[17], os critérios para a aplicação do princípio da insignificância são: a) o valor econômico do bem ofendido; b) a mínima ofensividade da conduta do agente; c) a não periculosidade social da ação; d) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e e) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais critérios[18], posto citados em todo o caso em que se cogita da insignificância, são extremamente vagos e questionáveis pelas razões a seguir aduzidas.

O parâmetro do *pequeno ou irrisório valor econômico* do bem é insuficiente para responder a uma série de questionamentos. Isto porque, em *primeiro lugar*, parece restringir a aplicação do princípio da insignificância, tal como delineado por Roxin, apenas para crimes patrimoniais, hipóteses estas que, consoante se depreende dos escritos deste autor, não necessariamente são campo exclusivo de aplicação do princípio, uma vez que o próprio consagrado penalista salienta que *furtos de pequeno valor não são insignificantes*.

Em *segundo lugar*, o critério, ao cingir-se ao valor econômico do bem em si, ignora que um bem pode ter um valor econômico pequeno (como uma bicicleta velha, avaliada em não mais que R$ 30,00, por exemplo) e, apesar disto, representar um valor pessoal deveras importante para o titular. Basta pensar que a bicicleta velha do exemplo pode ser o único meio de locomoção que um determinado indivíduo tem para entregar alguma mercadoria, atividade esta da qual retira o próprio sustento. A privação da bicicleta velha representa, assim, um prejuízo considerável para esta pessoa em particular.

---

[16] Crítica importante à formulação teórica da irrelevância penal do fato é apresentada também por Felipe Vianna, para quem também se trata de classificação desnecessária e de mera duplicação da insignificância. V. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, vol.14 (jan-dez.2013). *Princípio da irrelevância penal do fato, princípio da insignificância e crimes bagatelares*: distinção necessária ou criação inoportuna, p. 214 *et seq*.

[17] STF HC 84.687/MS – Mato Grosso do Sul. *HABEAS CORPUS*. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 27-10-2006 PP-00063.

[18] Tais critérios são quase na totalidade repetidos no Projeto de Novo Código Penal (Projeto Sarney). O parágrafo 1º do art. 28 assim dispõe: §1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em *terceiro lugar,* existem bens cujo valor econômico é praticamente nulo, mas que possuem um valor sentimental e existencial insubstituíveis. Por exemplo, um velho e surrado caderninho com receitas que uma mulher guarda como única recordação de sua mãe ou avó, ou a camisa desbotada de um time de futebol, camisa esta usada em um grande título e que traz grandes alegrias e recordações ao seu dono. Bens de valor sentimental inestimável que, possivelmente, muitos dos proprietários sequer venderiam, ainda que se lhes fosse oferecido um valor altíssimo.

Existe um limite para a insignificância, como, por exemplo, o valor do salário mínimo ou outra quantia arbitrariamente estipulada conforme a renda média do brasileiro? Por outro lado, este valor econômico deve ser tomado em consideração sob a perspectiva do prejuízo da vítima? Quais as consequências da consagração deste critério para a aplicação da insignificância?

Em *quarto lugar*, ainda que se aceite a determinação arbitrária de um patamar mínimo, tampouco os Tribunais chegaram a um consenso sobre qual deveria ser este valor. Definitivamente, não existe qualquer segurança na aplicação de um princípio que, para alguns casos, permite a exclusão da tipicidade para valores abaixo de R$ 20.000,00 (vinte e mil reais)[19] e, noutros casos, estabelece arbitrariamente percentuais do salário mínimo[20] vigente como limite.

Logo de início, é extremamente difícil estipular um valor que seja razoavelmente justo tendo em vista a condição financeira da vítima. Também não parece uma boa opção vincular o valor econômico do bem ofendido às condições financeiras daquela. Caso assim seja, haveria uma discriminação: aqueles com melhor situação financeira estariam seriamente vulnerados, pois a regra consistiria em algo como: quanto mais se tem, menos significante é a subtração.

Por fim, os bens não possuem apenas valor econômico, mas também sentimental e, nesses casos, a séria possibilidade de não recuperação de um objeto simbolicamente tão relevante já seria o suficiente para afastar a irrelevância do fato. Mais do que isto, admitir que não há nada de significativo em subtrair bens de baixo valor se o titular destes tiver um grande poder econômico não parece correto ou mesmo isonômico. É quase como justificar a insignificância por meio de uma visão pós-moderna de Robin Hood.

Já a chamada mínima ofensividade da conduta do agente também se afigura critério duvidoso. A primeira dúvida é a seguinte: a mínima ofensividade é da conduta em si, sob o prisma de um julgamento moral ou exclusivamente de um desvalor da ação, ou da conduta em um sentido mais abrangente, isto é, em relação ao bem jurídico. A Suprema Corte parece querer apontar no sentido do isolado desvalor da ação, já que há outro critério que se concentra na inexpressividade da lesão jurídica, o qual também não é muito claro. O grande problema em se considerar como uma das

[19] Vide julgamentos do STF: AgRg no AgRg no REsp 1447254/SP; HC 123861/PR.

[20] Veja-se julgamento do STJ contido no Informativo nº 516, no qual se recomenda a aplicação da insignificância na hipótese de furto de bem em valor aproximado a 23% do salário mínimo.

condições necessárias à verificação da mínima ofensividade da conduta, compreendida como um desvalor da ação, é que, a rigor, nenhuma dessas ações é irrelevante. O furto de uma resma de papel da repartição pública ou o furto de cinquenta reais em produtos de um supermercado são ações igualmente desvalorados e formalmente idênticos quanto à violação do preceito primário da norma.

E o que dizer do critério da periculosidade social da ação? Em primeiro lugar, a noção de periculosidade social está ligada à aplicação de medidas de segurança, justamente, para aqueles que não são capazes de culpabilidade, o que não guarda absolutamente relação com o tema aqui discutido.

Parece razoável entender tal periculosidade apenas como o risco de reiteração da conduta, seja por parte do próprio agente, seja por parte de outros com base no risco de imitação do comportamento não devidamente sancionado. De fato, o efeito prático de se absolver por atipicidade material a conduta de um sujeito que subtraia, por exemplo, cinquenta reais em espécie ou em produtos, daria azo a condutas similares, gerando um efeito cumulativo potencialmente devastador.

O argumento de que na realidade quotidiana este efeito cumulativo decorrente da imitação não se confirmaria é fraco: primeiro porque as ocorrências registradas mês a mês pela Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, ao menos, parece indicar que o número de furtos não tem diminuído. Ao revés, num cenário (ainda) de proibição, continua em níveis altíssimos[21].

Em segundo lugar, a mera possibilidade deste efeito cumulativo[22] dada pelo consenso da jurisprudência e doutrina, por hipótese, de que a subtração dos trinta reais acima mencionados seja atípica, por si só, já cria *um estado de coisas aberrante*, pois premia a figura do chamado *free rider,* bem como cria distorções sociais importantes: uma situação de absoluta insegurança a comerciantes, em particular, ou a quem quer que seja, já que se furtar trinta reais não tem significado penal algum, quaisquer pessoas podem entrar em um estabelecimento e retirar para o próprio deleite mercadorias neste valor.

Mais do que isto: se a conduta é atípica, nem mesmo a segurança do estabelecimento ou policiais poderão impedir a conduta a título de legítima defesa do patrimônio, já que, de acordo com esta visão, em primeiro lugar não há qualquer violação digna de nota ao bem jurídico patrimônio.

Em última análise, o ordenamento jurídico deve ser compreendido não apenas formalmente, mas como a pedra angular da dignidade humana enquanto valor. A

[21] <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=108>. A título ilustrativo, os números totais de furtos no Estado do Rio de Janeiro, mês a mês, em 2015: jan – 16.354; fev – 17.304; mar – 15.722; abr – 14.144; mai – 14834; jun – 14.269; jul – 14.274; ago – 14144; set – 15470. Já em 2014, uma realidade não muito diversa: jan – 17.262; fev – 15.856; mar – 18.004; abr – 14.402; mai – 14231; jun – 15061; jul – 16.352; ago – 13681; set – 13.982. Uma média aproximada de 15 mil furtos por mês significa 500 furtos por dia, sem considerar a cifra oculta.

[22] Sobre isto, em apartado ulterior o escrito trabalhará a necessidade de se inserir como critério à caracterização da insignificância de uma conduta a ideia do risco de reiteração ou imitação e os efeitos coletivos disto à luz da prevenção geral positiva.

dignidade e livre disposição dos bens jurídicos de um indivíduo isolado só existe na medida em que o exercício não lesivo e salutar da liberdade dos demais indivíduos também é garantido. É esta sintonia fina entre o exercício simultâneo e conjunto de liberdades que a ordem jurídica pretende organizar e garantir. Naturalmente, esta garantia se baseia em valores, os quais restam completamente vulnerados se admitirmos que um furto, ainda que pequeno o prejuízo, seja simplesmente considerado atípico.

O quarto critério, o do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, é claramente um equívoco, *um erro categorial em relação à premissa utilizada pelos tribunais de que a insignificância é causa de exclusão da tipicidade material*. A reprovação integra o conceito de culpabilidade, e não o de tipicidade material. No que diz respeito à culpabilidade, esta encerra o grau de reprovação jurídica incidente sobre a conduta típica e antijurídica realizada. Trata-se de circunstância que exige inolvidável individualização e apreciação concreta do caso. Consoante salienta Welzel:

> A essência da culpabilidade pode ser mais precisamente identificada pela não tão bela palavra "censurabilidade". (...) Assim surge uma ambiguidade confusa no conceito de Culpabilidade. Em sentido estrito a culpabilidade é apenas a censurabilidade, ou seja, a propriedade de desvalor na vontade de agir; em sentido lato a culpabilidade designa também a vontade de agir mesma em conjunto com a propriedade do desvalor como um todo: a vontade culpável (ou a ação culpável)[23].

Em quinto lugar, a chamada inexpressividade da lesão jurídica soa como mais um critério vago, confuso, ou mero *flatus vocis*. Se o objetivo era enunciar lesão jurídica como lesão ao bem jurídico, não era necessário nem mesmo enunciá-lo, pois a inexpressiva lesão ao bem já integra a ideia de insignificância em si. Se a lesão jurídica se refere ao ordenamento, de modo algum um furto de objeto de pequeno valor, por exemplo, pode ser considerado insignificante, já que formalmente ele viola o ordenamento, indiscutivelmente, com previsão no art. 155, parágrafo 2º do Código Penal.

4. Próprio Entendimento

A compreensão do princípio da insignificância, sua natureza, abrangência e incidência prescinde de algum comentário acerca de aspectos relevantes inerentes à

[23] WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 3. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1954, p. 102-103. Trecho traduzido do original: "*Das Wesen der Schuld lässt sich am treffendsten durch das sprachlich nicht sehr schöne Wort Vorwerfbarkeit kennzeichnen. Dadurch kommt eine verwirrende Doppeldeutigkeit in dem Begriff der Schuld. Im strengen Sinne ist Schuld nur die Vorwerfbarkeit, also die spezifische Unwerteigenschaft am Handlungswillen; im weiteren Sinne bezeichnet, Schuld" auch den Handlungswillen selbst mitsamt seiner Umwerteigenschaft als Ganzes: der schuldhafte Wille (bzw. die schuldhafte Handlung)*".

teoria do delito: a) a noção de lesividade e b) a posição defendida quanto à conformação do tipo de injusto. Os dois aspectos salientados, por seu turno, carecem de uma compreensão axiológica própria, a ser desenvolvida, em suas linhas mestras, nos apartados a seguir.

4.1 Lesividade e Reconhecimento do Outro como Valor em si

Consoante salienta a doutrina, o princípio da lesividade "transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito"[24]. Desta consideração duas proposições são extraídas. Em primeiro lugar, "à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico"[25]; e, em segundo lugar, que "nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo"[26]. Noutros termos: é essencial para a configuração de um delito lesionar ou pôr em perigo um determinado bem jurídico, o que significa traçar uma limitação material à configuração da conduta delituosa.

A lesividade, destarte, juridicamente dimensionada[27], implica não apenas reconhecimento da exterioridade, mas também da alteridade radicada no valor da pessoa, que é, justamente, este "colocar-se no lugar do outro", isto é, reconhecer o outro como um ser merecedor de tratamento igual àquele que o "Eu" merece. Logo, conceber a lesividade, danosidade ou ofensividade como algo dissociado da alteridade configura um erro palmar.

Em síntese, pode-se dizer o seguinte quanto à lesividade: a) a lesividade é qualificativo que se atribui a uma conduta (dotada de potencialidade lesiva) que, praticada, afeta (lesiona ou causa perigo) bens jurídicos do outro ou de um grupo; b) a lesividade pressupõe, destarte, a exterioridade; c) pressupõe também a alteridade como reconhecimento da existência do outro como pessoa; d) a alteridade radicada no valor da pessoa significa que a ordem jurídica reconhece o valor do outro como valor da pessoa; e) O valor da pessoa, segundo a posição scheleriana aqui adotada[28],

---

[24] BATISTA, Nilo. *Op.cit*., p. 91.
[25] *Ibidem*, p. 91.
[26] ZAFFARONI, E.R. *et al*. *Direito penal brasileiro*.vol.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.
[27] O primeiro corolário proíbe a incriminação de atitudes internas, assim compreendidas as ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens. Incorpora-se, portanto o legado da máxima latina *cogitationis poenam nemo patitur*, isto é, a impossibilidade de se punirem meras cogitações. O segundo corolário rejeita a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, as hipóteses de autolesões, de tentativas de suicídio e o porte de drogas para uso próprio. O terceiro corolário veda a incriminação de simples estados ou condições existenciais, pelo que se rejeita o chamado direito penal de autor (*Täterstrafrecht*), isto é, a definição de crime deve estar ligada a um direito penal do fato. Tampouco é possível impor uma pena em razão de características subjetivas da pessoa que comete o crime, como, por exemplo, as referências, não incomuns, de muitos tribunais à personalidade distorcida ou à periculosidade social do autor. O quarto corolário se refere à proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Ver BATISTA, Nilo. *Op.cit*., p. 92 *et seq*.
[28] A noção de pessoa é bastante controvertida em filosofia. Para os fins aqui propostos, embasados em Scheler, a pessoa representa, contudo, uma unidade essencial e concreta, indissociada da ação no

é insuscetível de objetificação e ocupa a maior escala na hierarquia de valores; f) reconhecer o valor do outro como valor absoluto da pessoa[29], insuscetível de objetificação, implica reconhecer a necessidade de preservação da pessoa, de sua dignidade, que diz com sua autorrealização; g) deste modo, quando se fala na figura do "Eu" e do "outro", tais termos são utilizados apenas didaticamente, pois somos todos, em algum momento, "Eu" e também, ao mesmo tempo, "outro" para alguém. O "outro" não pode ser visto como algo secundário, mas como uma pessoa de igual valor. Isto de modo algum implica desconsiderar a singularidade que cada pessoa encerra. A igualdade se dá no plano do valor, não no plano da unidade concreta doadora de sentidos que é a pessoa; h) isto permite considerar, em última análise, o princípio da lesividade como referível a uma cláusula absoluta e prioritária, isto é, a cláusula maior do valor da pessoa humana, limite intransponível para o legislador e que explica, por um lado, a impossibilidade de criminalização de condições ou estados existenciais, pensamentos e outras condutas que dizem com a autorrealização da pessoa sem o traço da exterioridade e; por outro lado, implica reconhecer que no cerne de todo delito existe um desrespeito ao valor da pessoa do outro, atualizado no mundo concreto das relações.

---

mundo. Nada melhor que as próprias palavras de Scheler neste sentido para conceituar pessoa: "Pois pessoa é justamente aquela unidade que existe para atos de todas as possíveis diversidades na essência – contanto que esses atos sejam pensados como completos. Pertence mesmo ainda mais à essência das diferenças de atos estar em uma pessoa e apenas em uma pessoa. Neste sentido devemos agora expressar a definição essencial: Pessoa é a unidade concreta, e mesmo essencial, de atos de diferentes essências, que em si precede todas as diferenças essenciais de atos (especialmente também a diferença externa e a percepção interior, querer externo e interno, sentimentos e amores, ódios externos e internos e assim por diante). O ser da pessoa fundamenta todos os atos essencialmente diferentes" (Trecho no original: *In: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954, p. 394 *et seq*: "*Denn Person ist eben gerade diejenige Einheit, die für Akte aller möglichen Verschiedenheiten im Wesen besteht – sofern diese Akte als vollzogen gedacht werden. […] Es gehört selbst noch zum Wesen von Aktverschiedenheiten, in einer Person und nur in einer Person zu sein. In diesem Sinne dürfen wir nun die Wesensdefinition aussprechen: Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens, die an sich […]allen wesenhaften Aktdifferenzen (insbesondere auch der Differenz* äußerer *und innerer Wahrnehmung,* äußerem *und innerem Wollen,* äußerem *und innerem Fühlen und Lieben, Hassen usw.) vorhergeht. Das Sein der Person 'fundiert' alle wesenhaft verschiedenen Akte)*".

[29] A noção de pessoa é bastante controvertida em filosofia. Para os fins aqui propostos, embasados em Scheler, a pessoa representa, contudo, uma unidade essencial e concreta, indissociada da ação no mundo. Nada melhor que as próprias palavras de Scheler neste sentido para conceituar pessoa: "Pois pessoa é justamente aquela unidade que existe para atos de todas as possíveis diversidades na essência – contanto que esses atos sejam pensados como completos. Pertence mesmo ainda mais à essência das diferenças de atos estar em uma pessoa e apenas em uma pessoa. Neste sentido devemos agora expressar a definição essencial: Pessoa é a unidade concreta, e mesmo essencial, de atos de diferentes essências, que em si precede todas as diferenças essenciais de atos (especialmente também a diferença externa e a percepção interior, querer externo e interno, sentimentos e amores, ódios externos e internos e assim por diante). O ser da pessoa fundamenta todos os atos essencialmente diferentes". *In:* SCHELER, Max. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966, p. 394. Trecho original traduzido: *"Denn Person ist eben gerade diejenige Einheit, die für Akte aller möglichen Verschiedenheiten im Wesen besteht – sofern diese Akte als vollzogen gedacht werden. […] Es gehört selbst noch zum Wesen von Aktverschiedenheiten, in einer Person und nur in einer Person zu sein. In diesem Sinne dürfen wir nun die Wesensdefinition aussprechen: Person ist die konkrete, selbst wesenhafte Seinseinheit von Akten verschiedenartigen Wesens, die an sich […]allen wesenhaften Aktdifferenzen (insbesondere auch der Differenz* äußerer *und innerer Wahrnehmung,* äußerem *und innerem Wollen,* äußerem *und innerem Fühlen und Lieben, Hassen usw.) vorhergeht. Das Sein der Person 'fundiert' alle wesenhaft verschiedenen Akte*".

É fundamental, contudo, salientar que a noção de pessoa aqui defendida não guarda relação com psicologismos. Consoante a lição de Scheler, a "pessoa é dada, em qualquer caso, como executora de atos intencionais que são vinculados por uma unidade de sentido. O ser psíquico não tem, assim, nada que ver com o ser da pessoa"[30].

A pessoa tem um valor intrínseco; ela é um bem em si mesmo (*An-sich-Guten*). Não um bem para si mesmo, mas um bem em si mesmo. Este valor é, assim, independente do conhecimento da pessoa[31].

Desta forma, pode-se dizer que comportamentos insignificantes são aqueles que não acarretam nenhuma afetação ao outro ou uma afetação irrisória.

4.1.1 O Injusto e a Filosofia dos Valores Radicada na Consciência Intencional Husserliana.

De início, faz-se imperioso alertar ao leitor que uma discussão extensa e exaustiva acerca do tipo de injusto ultrapassa claramente o escopo mais modesto deste trabalho. Por esta razão, o escrito se esforça no sentido de esclarecer a posição defendida nesta sede de modo a buscar reunir os elementos essenciais de compreensão proposta do injusto.

As categorias dos desvalores da ação e do resultado – não se ignora – estão ligadas à ideia de injusto pessoal (*Das personales Unrecht*) desenvolvidas no contexto da doutrina finalista.

Decisivo para entender a compreensão de Welzel acerca do bem jurídico é entender a filosofia de seu sistema finalista, em grande medida influenciado pela escola fenomenológica da filosofia dos valores, sobretudo, pela obra de Nicolai Hartmann[32]. Por este motivo, faz-se imperioso apresentar as linhas gerais da orientação filosófica que lhe serviu de base.

Hartmann distingue ao lado do mundo das coisas reais um reino de essências ideais. Para este autor, "valores têm uma existência ideal em si" (*ideales Ansichsein*) e não são oriundos de um sujeito que os estipula. Ao revés, deve-se entender que os valores são dados à consciência, embora independentes desta, assim como independentes dos sujeitos e suas opiniões)[33]. Os valores distinguem-se dos demais objetos do reino da idealidade pelo fato de eles "insistirem em tornarem-se reais". É, portanto, o valor que determina o dever-ser (e não o contrário, como em Kant), de modo que o ser dos valores é o próprio dever-ser. A rigor, o "dever-ser" do conteúdo do valor se estabelece ou converte-se em um dever-fazer (*tun sollen*). No que diz respeito especificamente

[30] *Ibidem*, p. 484. Trecho original traduzido: "*Person ist jedenfalls als Vollzieher intentionaler Akte gegeben, die durch die Einheit eines Sinnes verbunden sind. Psychisches Sein hat also mit Personsein nichts zu tun*".
[31] *Ibidem*, p. 495.
[32] Apesar de alguma controvérsia acerca desta influência, ela é inegável. O próprio Welzel escreve que "uma real teoria da ação" só pode ser desenvolvida na ética de Nicolai Hartmann. Trecho original: "*Eine wirkliche Handlungslehre sehe ich gegenwärtig bezeichnenderweise nur in einer Ethik entwickelt: in N. Hartmanns, Ethik*". WELZEL, Hans. Abhandlung p. 125, nota 12.
[33] HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin; Leipzig.: Walter de Gruyter, 1926, p. 715.

ao injusto pessoal, nota característica do sistema de Welzel, a filosofia de Hartmann é especialmente importante. Este autor declara que os tipos de valores determinam-se de acordo com os diferentes depositários de valores. Eis as palavras do filósofo:

> Valores de um determinado tipo estão sempre essencialmente referidos a um determinado tipo de depositários de valor. Assim, valores da coisa referem-se às coisas, valores de bens, de todo, se referem aos substratos reais (independentemente se coisas, relações reais, condutas reais de pessoas e assim por diante), valores da vida às essências da vida, valores morais a sujeitos pessoais[34].
>
> Deste modo, os valores de ato realizam-se nas ações dos sujeitos e o marcam como um ser de atitude honesta, confiável, amável ou o oposto de tudo isto, conforme a hierarquia de valores que se opõem. A pessoa moral é, assim, o depositário dos valores do ato, enquanto com os valores de bens ocorre algo diverso: estes são realizados no resultado da ação. Os valores do resultado repousam, destarte, em substratos reais[35].

Desta relação entre valores morais e a pessoa, como depositária destes, surgiria depois toda uma escola finalista, segundo a qual a norma penal proíbe ações, condutas e não resultados, o que significou, inequivocamente, uma valorização do desvalor da ação no bojo do injusto. Tal relação é posta de modo claro por Hartmann:

> Cada valor moral é valor de um comportamento, todo comportamento é, porém, contra alguém. Ele tem um objeto real, e este é sempre uma pessoa ou uma comunidade de pessoas. Ele tem um tal objeto mesmo que seja um comportamento puramente interior, uma conduta meramente intencional, meramente atitude interna sem ação, mesmo sem a exteriorização da atitude interna. O objeto do comportamento de uma pessoa é sempre uma pessoa. Atua-se sobre pessoas, não sobre coisas, é intencionado contra pessoas, não contra coisas[36].

---

[34] HARTMANN, Nicolai. Ethik, p. 131. Trecho original: "*Werte einer bestimmten Art sind immer wesenhaft bezogen auf eine bestimmte Art von Wertträge. So Dingwerte auf Dinge, Güterwerte* überhaupt *auf reale Substrate (einerlei ob Dinge, reale Verhältnisse, reales Verhalten von Personen usw.), Lebenswerte auf Lebenwesen, sittliche Werte auf personale Subjekte*".

[35] *Ibidem*, p. 128 *et seq*.

[36] *Ibidem*, p. 130. Trecho original traduzido: "Jeder sittliche Wert ist Wert eines Verhaltens, jedes Verhalten aber ist Verhalten gegen jemand. Es hat ein reales Objekt, und dieses ist immer eine Person oder eine Gemeinschaft von Personen. Es hat ein solches Objekt auch dann, wenn es ein rein innerliches, bloss intentionales Verhalten, blosse Gesinnung, ohne Handlung ist, ja selbst ohne Äusserung der Gesinnung. Der Gegenstand des Verhaltens einer Person ist immer wieder eine Person . Man handelt an Personen, nicht an Dingen, ist gesinnt gegen Personen, nicht gegen Dinge".

Não obstante a proposta encetada nesta sede guarde muitas semelhanças com a concepção finalista de Welzel, desta se distingue no que concerne aos marcos teóricos, a saber: (i) o fundamento do Direito Penal na consciência do estado inescapável de coexistência a que estão submetidos sujeitos dotados de consciência intencional, autonomia e falibilidade; (ii) a concepção husserliana de consciência intencional capaz de apreender os objetos do mundo, inclusive a norma e os valores e (iii) o valor da pessoa humana como ponto central das normas jurídicas na condição de um postulado de respeito dirigido à própria ordem jurídica e aos destinatários desta.

A consciência, conforme visto, tomada de acordo com uma concepção husserliana, quer significar que toda a consciência é consciência de algo (*Bewusstsein von etwas zu sein*). A consciência é compreendida como o fundamento último da liberdade, como um dos elementos centrais para a própria constituição do sujeito, como visto acima. A consciência é o *a priori* que permite ao sujeito intuir valores. Tais valores, vistos como um reino autônomo de possibilidades são, por meio da intencionalidade essencial à consciência, percebidos pelo sujeito. Nas palavras de Husserl, "a propriedade fundamental do modo da consciência, na qual 'eu' vivo como 'Eu', é a chamada intencionalidade, é ter a respectiva consciência de algo"[37].

A consciência humana é o instrumento capaz de apreender a inescapabilidade do *ser-com* (*Mit-sein*) entre os referidos sujeitos, o que, por conseguinte, revela a necessidade de uma função regulatória personificada no Direito. Não há, portanto, liberdade sem a *possibilidade da consciência do valor*. Neste ponto, como elucida Mário Ferreira dos Santos[38], insta esclarecer que julgar a liberdade como "cega espontaneidade" é um "erro palmar", pois a liberdade já traz como pressuposto sua própria limitação.

Se, por um lado, a liberdade é este valor fundamental e instrumental que permite aos sujeitos a experimentação, por meio da consciência de valor, por outro lado, ela encontra limite no dado incontestável do estado inescapável de coexistência a que os sujeitos estão submetidos. A noção de liberdade, pois, carrega em seu âmago a sua própria limitação, a saber: a inescapabilidade do relacionar-se com o *outro*; ou, noutras palavras, do *ser-com* (*Mit-sein*). Uma liberdade em termos absolutos, diante da obrigatoriedade da coexistência, torna-se um conceito vazio fadado à contradição após um exame criterioso. Não é outro o sentido da lição de Aquiles Côrtes Guimarães ao assinalar que ser livre é ser causa dos próprios atos "e ser causa dos próprios atos é, simultaneamente, ingressar na atmosfera da vivência valorativa, uma vez que

[37] HUSSERL, Edmund. Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge. Netherlands: Kluwer Academic Publischens, 1991, p.13: " Die Grundeigenschaft der Bewußtseinsweisen, in denen 'ich' als 'Ich' lebe, ist die sogenannte Intentionalität, ist jeweiliges Bewußthaben von etwas".

[38] Como acentua o grande filósofo brasileiro: " há liberdade, onde há consciência de valores. A liberdade tira de si mesma a sua razão de agir. É ela em nós imperfeita, porque há sempre nela ainda porquês e causas. É uma ingenuidade pensar que os que a defendem no homem, tivessem-na considerado como um acto espontâneo sem qualquer porquê, sem qualquer causa, como um efeito sem causa, como um acontecer sem uma razão suficiente eficaz e eficiente. Ela manifesta-se através de uma busca de possibilidades diferentes, para actualizar aquela ou aquelas que ela preferiu. Há, assim, no acto livre, uma avaliação, uma valoração. Sem a capacidade de avaliar, de valorar, não há liberdade. Ela não se realiza fora da natureza, mas, na natureza e através dela". *In*: Filosofia Concreta dos Valores, p. 185.

ontologicamente considerada, a ideia de liberdade nos joga, repentinamente, no campo da coexistência ao qual estamos submetidos muito antes do nascimento"[39].

Uma vez que a incidência de normas criminais exige a concorrência do signo da lesividade, por óbvio que os valores positivos ou negativos (ou simplesmente desvalores) da intenção, apesar de presentes na pessoa do autor, são insuficientes para justificar e legitimar a criminalização de uma conduta ou sua reprovação em concreto.

A despeito disto e da divisão meramente para fins didáticos, faz-se imperioso constatar que o desvalor subjetivo e objetivo da ação são indissociáveis na prática, pois a conduta externada é, sem dúvidas, um resultado de uma vontade consciente. Ou, como já dissemos noutra sede, a conduta é *actividade da consciência intencional (enquanto potência constitutiva, doadora de sentidos) que, impulsionada afectivamente pela vontade, consiste na actualização*[40] *de uma possibilidade de vivência, materialmente verificável ou transeunte, no mundo da vida, a qual expressa a preferência e preterição de valores relevantes para o Direito. Em síntese: agir é materializar valores!*

O chamado desvalor objetivo da ação é, justamente, a exteriorização ou actualização de uma determinada vivência no mundo concreto da vida. O desvalor objetivo da conduta se ocupa da idoneidade desta para privar ou vulnerar um determinado bem jurídico.

O desvalor do resultado, por seu turno, é a empiricamente comprovada e materializada lesão ou colocação em perigo de um determinado bem jurídico. No entanto, mesmo o desvalor do resultado é indissociável do desvalor da ação. O ponto central de orientação das normas penais é o valor do ato, não o valor do estado de coisas. Assim, as lesões a bens jurídicos (o desvalor do estado de coisas) são só um momento parcial dependente-condicional dentro do desvalor global de ato da conduta. O conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção a bens jurídicos, mas a preservação de valores de ato da consciência jurídica.[41]

Isto se explica porque para proteger bens jurídicos o direito penal chega normalmente atrasado[42]. É também por esta razão que mais essencial do que a proteção dos bens jurídicos concretos individuais é a tarefa de garantir a validade real (observância) dos valores do ato da consciência jurídica; eles são o fundamento

---

[39] GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de Filosofia do Direito*. p. 52.

[40] Conforme salienta Olavo de Carvalho, "a terminologia filosófica ainda usa a palavra 'atual' neste sentido, o que soa às vezes estranho, porque a palavra portuguesa *actual*, ao perder o *c* da ortografia antiga, perdeu junto com ele a acepção de *efetividade*, conservando somente a de *contemporaneidade*, por sua vez muito restrita em relação ao sentido do *ato* aristotélico". CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva. Introdução à teoria dos quatro discursos*. São Paulo: É Realizações, 2006, p.62. Esta é a razão pela qual este trabalho prefere, para este fim particular, usar as palavras "acto" e actualização" com a letra "c". Actualizar o conjunto de possibilidades de vivências não é nada mais do que tornar real, efetiva a possibilidade de algo, de modo que é possível dizer com o autor citado que "a história da gênese do conhecimento humano não é outra coisa senão a história da passagem da razão humana da potência ao ato".

[41] WELZEL, Hans. *FS-Kohlrausch,* 101, 106 *apud* MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakte* p. 28. Trecho original: "*Die Rechtsgüterverletzung (der Sachverhaltsunwert) ist nur ein unselbständiges bedingendes Teilmoment innerhalb des um fassenden Aktunwerts der Handlung. Materialer Gehalt der Strafrechtssätze ist nicht der blo**ß**e* Rechtsgüterschutz, sondern die Erhaltung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung".

[42] WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht.* 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 3.

mais sólido que alicerça o Estado e a sociedade. A mera proteção a bens jurídicos tem apenas uma meta negativo-profilática, preventivo-policial. A tarefa mais profunda do direito penal, ao contrário, é de natureza positiva e ético-social: ao proscrever e punir a inobservância realmente efetiva dos valores fundamentais, revela na forma mais impressionante, a qual está à disposição do Estado, a *validade inquebrantável desses valores positivos do ato, molda o julgamento ético-social dos cidadãos* e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica[43].

Tudo isto demonstra que para além das quantificações e significações de lesões a bens jurídicos está a essência do injusto: a violação a um postulado e pretensão de respeito radicado no valor da pessoa humana em si ou enquanto grupo de pessoas que formam a ordem social. Por esta razão, já antecipando uma consideração ulterior, aquele que furta uma pequena quantia em dinheiro ou em bens; aquele que comercializa uma pequena quantidade de droga; aquele que desmata trecho não comprometedor de toda uma Área de Preservação Ambiental; aquele que ilude em quantia ínfima o pagamento de imposto devido[44], a despeito da quantificação mínima da lesão, pratica ou actualiza um desrespeito a valores essenciais à pessoa humana e à ordem social.

Além de a sanção penal, enquanto pretensa tutela, chegar sempre atrasada, a alegada função protetiva de bens jurídicos deve ser rechaçada por vários motivos, os quais nesta sede serão apenas mencionados em suas linhas mestras: a) a função de proteção a bens jurídicos carece de constante comprovação empírica de efetividade, o que é inviável, e não tem se mostrado justificável, pois: 1) a tutela prática de bens jurídicos se apresenta de forma seletiva, fragmentária, político e socialmente; b) a função de proteção a bens jurídicos, a rigor, não limita a intervenção jurídico-penal e tampouco serve de fundamento prático às incriminações diante da chamada prerrogativa de avaliação do legislador (*Einschätzungsprärogative*),

---

[43] WELZEL, Hans. *Das Deutsche*...p. 3. Trecho original: "*Wesentlicher als der Schutz der konkreten einzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen; sie sind das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trägt. Bloßer Rechtsgüterschutz hat nur eine negative-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung. Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positive-sozialethischer Natur: Indem es den wirklich betätigen Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfemt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfügung steht, die unverbrüchliche Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung*".

[44] É de se salientar, por exemplo, o profundo desacerto das posições de STF e STJ no sentido de que o princípio da insignificância seria aplicável ao crime de descaminho quando o valor do tributo sonegado apresentar valor igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Tal entendimento se baseia em Portarias do Ministério da Fazenda 9 nº 75/2012 e nº 130/2012. O art. 2º da Portaria 25 de 2012 assevera: "O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00, desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito". Em primeiro lugar, o valor de vinte mil reais já é intuitivamente desproporcional para ser considerado insignificante; em segundo lugar, demonstra-se a ilogicidade do critério quantitativo, pois ao mesmo tempo em que um furto de trezentos reais é significativo, os Tribunais consideram a sonegação de, por exemplo, quinze mil reais insignificante; em terceiro lugar, a aplicação de uma Portaria do Ministério da Fazenda que trata de arquivamento administrativo sem baixa na distribuição como critério de aferição da insignificância é absolutamente atécnico, seja porque este arquivamento não se confunde com extinção do débito, seja porque não há relação possível entre a matéria tratada na portaria e a lesividade ao bem jurídico. Em orientação similar o STJ já criticou a insignificância neste caso nos informativos 551 e 536.

Por esta razão, o presente trabalho propõe a definição de parâmetros de compreensão do assunto.

Em *primeiro lugar*, a insignificância está relacionada sempre a um injusto enquanto junção do desvalor objetivo da ação (*objektive Handlungsunwert*) e do desvalor do resultado (*Erfolgsunwert*), pois insignificantes são apenas condutas e, também, apenas condutas cuja repercussão seja ínfima, o que nos leva ao segundo aspecto. Parte essencial integrante do injusto é a constatação de que todo crime significa, concretamente, uma violação de um bem jurídico determinável e, na dimensão axiológica, significa um desrespeito ao ordenamento jurídico e ao valor maior da pessoa humana.

Em *segundo lugar,* a insignificância está sempre relacionada à extensão e ao grau de afetação de um bem jurídico-penal. Não porque seja função do direito penal a proteção de bens jurídicos, mas porque o bem jurídico é uma categoria imprescindível à teoria do delito, já que toda conduta criminosa ofende algo. A saber, consoante já defendemos em outra sede, bem jurídico é a possibilidade de um ou mais sujeitos estabelecerem uma relação com algum objeto, cujo valor é reconhecido pela ordem jurídica.

Em *terceiro lugar*, e como decorrência do dito acima, a insignificância se insere, fundamentalmente, no contexto do chamado princípio da lesividade. A lesividade, por seu turno, materialmente, é extraída da ideia de alteridade, a saber, a possibilidade da consciência ou reconhecimento do outro. Por esta razão, também, é extremamente difícil dizer no caso concreto o que é ou não insignificante sob a perspectiva do outro. Perspectiva esta que não pode ser ignorada pelo direito penal, embora não possa ser totalmente subjetivada.

Em *quarto lugar*, também como consectário do parágrafo acima, tem-se que, apesar das circunstâncias do caso concreto, é de ser levada em conta a perspectiva do titular do bem jurídico afetado em uma medida minimamente objetivável. Não por outro motivo, faz todo o sentido que em determinados crimes como o furto de pequeno valor, a ação penal pertinente seja condicionada à representação[45] a fim de que o lesado

[45] Na Alemanha se defende tão somente que, diante da insignificância da ofensa, por razões político-criminais e processuais-penais, não há interesse em punir o autor do comportamento. Neste sentido revela-se a redação do §153 (1) do StPO, diploma processual-penal alemão, como uma espécie de mitigação do princípio da oportunidade: "Em caso de procedimento que tenha como objeto uma contravenção pode o Ministério Público, com a concordância do Tribunal competente, desistir da abertura do processo principal e da persecução se a culpabilidade do autor for considerada como insignificante e não houver nenhum interesse público na persecução penal". Trecho original traduzido: "(1) *Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein* öffentliches *Interesse an der Verfolgung besteht*…" Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/__153.html.> Como acentua Martin Saal, no direito processual penal alemão, "o princípio da insignificância encontra expressão especial nos arts. 153, 153 do Código Processual Penal, que autoriza uma suspensão do processo que tiver por objeto um delito insignificante. Decisivo para a insignificância é com respeito a isto 'uma culpabilidade insignificante do autor (art. 153) ou uma culpabilidade sem gravidade (art. 153a)". *In: Das Vortäuschen einer Straftat* (**§ 145d** StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt. Dunckler und Humblot. Berlim, 1996, p. 113 (Trecho traduzido: Im Proze***ßrecht*** findet das Geringfügigkeitsprinzip insbesondere in den **§§ 153, 153ª** StPO, die eine Einstellung des Verfahrens, das ein Vergehen zum Gegenstand hat, „wegen

manifeste o real significado da afetação ao bem jurídico. Sublinhe-se por oportuno: a previsão de que tais condutas desafiem o manejo de ação penal condicionada à representação não quer dizer que são condutas insignificantes. Significam apenas o não alijamento da vítima no processo, até porque esta, melhor que ninguém, pode dizer o que é ou não uma lesão significativa.

Em *quinto lugar*, a insignificância, por dizer respeito a uma conduta e suas consequências para o bem jurídico em questão, não tem, rigorosamente, nada que ver com aspectos pessoais do autor da conduta, como, por exemplo, se ele é reincidente ou se ostenta anotações criminais ou conduta social desfavorável. Tais questões são de relevo para a aplicação de pena, e constantemente são ignoradas por sentenças criminais apressadas, mas não podem ter qualquer impacto na verificação da insignificância de um injusto. A reincidência enquanto critério para a aferição da insignificância, consagrado em nossos Tribunais, é, destarte, mais um *erro categorial*.

Em *sexto lugar*, a natureza jurídica da cláusula da insignificância não é causa de exclusão da tipicidade material. Importante frisar: com isto não se quer dizer que, em algumas ocasiões (bem menos frequentes do que se defende atualmente), a afirmação da insignificância acarretará atipicidade material absoluta da conduta. Quer-se apenas dizer que isto seria um resultado da aplicação do postulado da proporcionalidade e do subprincípio da lesividade. Assim, o emprego de uma ameaça inverossímil e frágil para a subtração de bens móveis de outrem não configura um roubo. Tampouco, porém, leva à atipicidade da conduta, senão, no máximo, a uma atipicidade relativa, conforme seja ao menos executada a subtração. Noutros casos, a fragilidade da ameaça em si, caso não se ultrapasse as raias da promessa, levará, conclusivamente à atipicidade absoluta. Em um terceiro caso, de furto de mercadorias avaliadas em R$ 100,00 de um supermercado, a insignificância enquanto acarretará a incidência de uma causa de diminuição ou como circunstância definidora da espécie de pena.

A insignificância não pode ser por si só e aprioristicamente uma causa de exclusão da tipicidade material. Primeiro porque só um juízo *ex post factum* pode revelar a insignificância de dado comportamento; em segundo, pois, já de antemão impediria o exercício da legítima defesa. Se se convencionar que o furto de R$ 50,00 é insignificante, e por isso materialmente atípico, isto permitirá que qualquer um subtraia esta quantia de outrem, sem que o proprietário possa sequer defender seu patrimônio, uma vez que nem mesmo típica a conduta seria.

Geringfügigkeit'' zulassen. Maßgeblich für die Geringfügigkeit ist insoweit eine, geringe'' Schuld des Täters (§ 153 StPO) bzw. Keine entgegenstehende, Schwere der Schuld" (§ 153ª StPO). Como acentua Jescheck em seu *Lehrbuch*, a legislação penal alemã não adotou a divisão tripartite francesa, de modo que o §12 do StGB faz menção a duas categorias de ilícito penal, a saber: 'Vergehen'(delito ou falta) e 'Verbrechen' (crime). A diferença é meramente de grau, conforme explica: "A classificação é feita de acordo com o mínimo de pena cominado: se o fato é punido com pena privativa de liberdade de um ano ou acima disto, então se trata de um crime; se o fato é punido com uma pena privativa de liberdade insignificante no patamar mínimo ou com multa, então é um delito". *In: Lehrbuch des Strafrechts*... p. 56. Trecho original: "*Die Einordnung wird nach dem angedrohten Mindestmaß vorgenommen: ist die Tat im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht, so ist sie Verbrechen* (§12,*I*), *ist im Mindestmaß eine geringere Freiheitsstrafe oder Geldtrafe angedroht*, *so ist die Tat Vergehen* (§12, II)".

Em sétimo lugar, a insignificância das condutas e suas consequências devem, ao menos, possuir algum parâmetro determinável. Neste ponto, o trabalho é necessariamente caso a caso e nossos esforços nesta sede seriam apenas exemplificativos. Assim, o furto de R$ 100,00 não é insignificante; já a subtração de uma caixinha de grampos, de centavos[46], de uma maçã, pode vir a ser reputada insignificante se outros elementos convergirem para essa valoração[47].

Por este motivo, entre os critérios ou condições necessárias e suficientes à verificação da insignificância no caso concreto, ter-se-á: (i) o grau e extensão da afetação do bem jurídico em questão (desvalor do resultado); (ii) qual o grau e extensão da ofensividade (potencial de lesão ou idoneidade) da conduta em si em relação ao bem jurídico (desvalor da conduta); (iii) se a conduta representa uma afetação relevante do valor da pessoa; (iv) se a conduta representa uma afetação significativa para a crença/consciência da essencialidade e manutenção dos valores da ordem jurídica (avaliar, entre outras coisas, o efeito cumulativo com o risco de reiteração da conduta caso esta seja reputada insignificante).

Este último critério se fundamenta no seguinte: (i) em considerações de prevenção geral positiva, no sentido de que a ausência de relevância penal de certas condutas supostamente insignificantes é compreendida no meio social como permissão, sendo, portanto, a afirmação da relevância penal destes comportamentos imperativa para que, simbólica e axiologicamente, a população valore, compreenda, perceba e intua o comportamento como algo ofensivo; (ii) em considerações de caráter consequencialista no sentido de que, sob o ponto de vista individual e puramente prático-econômico, algumas dessas condutas poderiam até ser compreendidas como inofensivas[48] (como exemplo, o furto de caixas de chocolate ou papel higiênico ou quaisquer outros itens até um valor determinado), mas quando apreciadas sob uma perspectiva geral, apresentam potencial efeito cumulativo indesejável (no caso do furto, haveria o risco de comprometimento da própria liberdade de comércio, se qualquer pessoa puder entrar num supermercado e pegar para si itens de determinado valor reputado irrisório); (iii) na circunstância de que todo injusto culpável praticado

[46] Veja-se, por exemplo, a posição de Joppert, para quem o art.12 do Código Penal seria fonte segura, por analogia, para orientar a aplicação da insignificância em crimes patrimoniais: "Isso faz concluir que nos crimes de ordem patrimonial somente as lesões apreciáveis em centavos podem ser merecedoras da aplicação do princípio da bagatela...". JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal*. 3ª ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 189.

[47] Isto porque o critério exclusivamente quantitativo não é condição suficiente para a aferição da insignificância no caso concreto. Via de regra, a subtração de uma maçã ou de alguns centavos não é algo que gere uma afetação relevante do bem jurídico patrimônio e tampouco encerra uma violação significativa do valor da pessoa humana com risco de imitação e consequente risco à manutenção dos valores da ordem jurídica. No entanto, em casos excepcionais, será difícil mesmo nesta hipótese ver uma afetação insignificante quando, por exemplo, o lesado em um furto de um punhado de maçãs é um morador de rua que depende daquele bem de consumo para sobreviver; ou, ainda no caso do punhado de maçãs, o lesado é um modesto quitandeiro de rua.

[48] A hipótese, porém, também é problemática na prática: Por exemplo, ao considerarmos que um vendedor de frutas venda cada maçã a cinquenta centavos e sua bancada tenha 200 maçãs, então a subtração de apenas uma delas não terá um alcance significativo. Já a subtração de 15 maçãs possui um alcance maior. Por outro lado, uma loja que vende "iphones", possui apenas 20 deles no mostruário, mas a subtração de apenas um deles, já geraria um prejuízo de, por exemplo, mil reais.

envolve uma dimensão coletiva e geral, no sentido de que simboliza o desrespeito ao valor da pessoa humana, valor este do qual todos os destinatários participam. Noutros termos: o crime muitas vezes possui uma vítima ou um bem jurídico vulnerado individual, no mundo concreto da vida; na dimensão axiológica, porém, representa sempre um desvalor para a ordem jurídica e um desrespeito ao valor da pessoa humana, advindo daí seu caráter coletivo.

Conforme salienta Stratenwerth, o reconhecimento do outro como pessoa não consiste só em deixá-lo agir a seu gosto em seu próprio círculo vital, senão também em respeitar seus objetivos supraindividuais, em considerá-lo como alguém que gostaria de ver o mundo, seu mundo, ordenado de uma determinada maneira e que talvez esteja preparado para sacrificar tudo por isto[49].

De todo o exposto, depreende-se que os casos de real insignificância são bem mais restritos dos que aqueles normalmente admitidos pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais. O grande tormento acerca da insignificância envolve menos a teoria do delito e mais a consequência jurídico-penal aplicável a esses casos de suposta insignificância. Ofensas não tão graves, porém de significado penal, logicamente não merecem reprimenda tão drástica quanto outras ofensas mais intensas. Trata-se de um problema de avaliação da natureza, grau e extensão da sanção criminal, e não tanto da teoria do delito.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 16ª ed.São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA, Nilo. *Uma introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva. Introdução à teoria dos quatro discursos*. São Paulo: É Realizações, 2006.

ESER, Albin. Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen. *In: Festschrift für Claus Roxin zum 70*. Geburtstag. Verlag Walter de Gruyter, Berlin/New York 2001, p. 199-212.

FILHO, Felinto Martins. *Aplicabilidade do princípio de insignificância nos delitos de roubo*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30648/aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-nos-delitos-de-roubo#ixzz3aRnbh72s>.

GOMES, Luis Flávio. *Infração Bagatelar Imprópria*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200602070940139>.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 72p.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin; Leipzig.: Walter de Gruyter, 1926.

[49] STRATENWERTH, Günter. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? In:* ZStW, vol. 105, 1993, p. 369.

HUSSERL, Edmund. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. Netherlands: Kluwer Academic Publischens, 1991.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Dunckler & Humblot, 1996, 1029p.

JOPPERT, Alexandre Couto. *Fundamentos de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1994.

ROXIN, Claus. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht. *In: Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Walter de Gruyter, 1972.

ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4.Auflage. Müchen: CHBeck, 2006.

SAAL, Martin. Das Vortäuschen einer Straftat (§145 StGB) als abstraktes Gefährdungsdelikt. Berlim: Dunckler und Humblot, 1996.

SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*.Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vierte durchgesehene Auflage. Herausgegeben mit einem neuen Sachregister. Bern: Francke Verlag, 1954.

_____. *Die Stellung des Menschen im Kosmos*. 7. Auflage. Bern und München: Francke Verlag, 1966.

StPO – *Strafprozessordnung (*Código de Processo Penal Alemão). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>

STRATENWERTH, Günter. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts? *In:* ZStW, vol. 105, 1993.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, vol. 14 (jan-dez.2013). "Princípio da irrelevância penal do fato, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna", p. 214*et seq*.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*.11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio R. *et al*. *Direito penal brasileiro*. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 658p.

Publicidade e Motivação das Deliberações Administrativas dos Tribunais Brasileiros Segundo o Conselho Nacional de Justiça

Paulo Sérgio Prestes dos Santos*
Rogério de Oliveira Souza*

Sumário

1. A Transparência dos Atos Estatais sob os Auspícios da Emenda Constitucional nº 45/2004. 2. Do Controle de Legalidade pelo Conselho Nacional de Justiça Quanto aos Atos Administrativos Praticados no Processo de Preenchimento de Vagas nas Cortes Brasileiras. 3. Do Sistema Constitucional de Defesa da Publicidade dos Atos Decisórios. 4. Da Fundamentação das Escolhas dos Nomes que Ocuparão Vagas nos Tribunais. 5. Conclusão.

1. A Transparência dos Atos Estatais sob os Auspícios da Emenda Constitucional nº 45/2004

A exigência de transparência plena do Estado como elemento de afirmação do ideal democrático, em que a publicidade restritiva deve ser uma apertada exceção, há de ser constantemente implementada e aperfeiçoada. Este dever estatal de conferir acesso às informações viu-se reforçado em meio à Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o texto do art. 93, X da Carta da República para determinar que as decisões administrativas dos tribunais sejam proferidas em sessão pública — a redação anterior se limitava a estabelecer apenas que as decisões seriam motivadas.

A publicidade, já dizia Kant, é elemento que integra a noção de República, e que permanece até hoje como desafio das sociedades na efetivação de um governo que se pretenda republicano. Em suas palavras, "Todos os atos respeitantes ao direito de outros homens, cuja máxima não é compatível com a publicidade, são injustos".[1]

Certo é que a noção principiológica de publicidade não pode se limitar aos atos processuais até porque, se há um direito fundamental à informação e, por extensão

* Paulo Sérgio Prestes dos Santos é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e autor do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 02/06/2016.
* Rogério de Oliveira Souza é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e autor do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 02/06/2016.

[1] KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden: ein philosopischer Entwurf. Darmstadt,* p. 204 *apud* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

à publicidade dos atos estatais, a implementação desse direito deve se orientar pelo critério da máxima efetividade.

Há que se ter claro que em meio a um Estado Democrático Constitucional de Direito o princípio da publicidade tem o condão de agir, ao mesmo tempo, como limitador e como meta da atuação da administração pública (na qual inegavelmente se insere a feição administrativa do Poder Judiciário). E se assim o é, está a publicidade a controlar o poder outorgado ao administrador, pois o ato que desbordar seus limites será de todos conhecido, como também está a legitimar seu comportamento, na medida em que a transparência viabiliza o referendo dos atos praticados.

Nesta ordem de ideias, exigir publicidade significa, como bem assentado pela eminente Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, conferir:

> certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado.[2]

E assim deve ser também em relação às decisões administrativas de um tribunal. Em recente julgamento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi chamado a se manifestar acerca da utilização, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de um mecanismo eletrônico, constituído por uma pequena máquina manual conectada por um sistema *wireless* a um computador central e a um telão, por meio da qual os desembargadores votavam nas deliberações do Tribunal Pleno, aí incluídas as indicações a vagas na própria Corte e ao Tribunal Regional Eleitoral. No Procedimento de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000 alegou-se que tal procedimento valorizava indevidamente a impessoalidade e o sigilo da votação, ao arrepio das disposições constantes da Recomendação CNJ nº 13/2007, a qual indica que as listas tríplices referentes às vagas de quinto constitucional (art. 94 da Constituição da República) devem ser formadas por meio de votos abertos, nominais e fundamentados[3].

Na mesma oportunidade o Conselho Nacional de Justiça debruçou-se sobre o pedido formulado nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0005816-36.2013.2.00.0000, no qual se discutiu a legalidade de decisão emanada do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sessão secreta e com votos não fundamentados, elaborou duas listas tríplices para o provimento de vagas destinadas ao quinto constitucional daquela Casa.

---

[2] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 240.

[3] O citado diploma, vale dizer, foi festejado em julgamento da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, onde se lê que seu conteúdo tem o escopo de, *in verbis*, "prestar integral reverência ao princípio democrático, que tem, na transparência e na publicidade dos atos e deliberações que se formam no âmbito da comunidade estatal (inclusive no seio dos colégios judiciários), um de seus mais expressivos valores ético-jurídicos.". Neste sentido, MS 31923 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/04/2013, DJe-074, publicado em 22/04/2013.

O presente artigo tem por escopo abordar, nos termos dos mencionados procedimentos julgados pelo CNJ, as questões que gravitam em torno da necessidade de observância dos princípios da publicidade e da motivação nas votações realizadas no âmbito dos tribunais brasileiros, aí incluídas aquelas que envolvam eleição e indicação de membros para os Tribunais Regionais Eleitorais e a rejeição de listas sêxtuplas ou a formação de listas tríplices para as vagas de quinto constitucional destinadas à própria Corte.

2. Do Controle de Legalidade pelo Conselho Nacional de Justiça Quanto aos Atos Administrativos Praticados no Processo de Preenchimento de Vagas nas Cortes Brasileiras

Conforme consabido, os atos administrativos complexos advêm de manifestação autônoma de órgãos distintos e sem subordinação recíproca, cujas vontades reunidas resultam na formação de um único ato[4]. É o que ocorre no processo de escolha de indicados a vagas em cortes eleitorais ou àquelas reservadas ao quinto constitucional dos tribunais da justiça comum.

Já se discutiu acerca da extensão do controle de legalidade exercido pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a atuação dos tribunais[5]. A jurisprudência da corte se formou no sentindo de que a atuação do Poder Judiciário na esfera administrativa se encerra com o aperfeiçoamento do ato complexo (o que ocorre, por exemplo, com a publicação do ato de nomeação do indicado a uma vaga), sendo este o limite da atuação do CNJ em termos de competência material, haja vista se tratar de situação jurídica consolidada no tempo[6]. Para além desse momento, a hipótese seria de

[4] No magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto os atos complexos são alocados na categoria dos atos administrativos multilaterais, e são ditos "não apenas um ato subjetivamente complexo, mas um ato administrativo que é tanto subjetiva como objetivamente complexo, pois que se constitui pela manifestação de vontade de mais de uma entidade (daí a complexidade subjetiva), mantendo cada uma delas suas respectivas identidade e personalidade jurídica e, também, autônomas as respectivas vontades como coparticipantes do ato, tantos quantos sejam, visando à produção de efeitos cumulados (aqui a complexidade objetiva), conformando um ato coletivo, em que as vontades convergentes necessariamente se somam para a satisfação de um interesse declaradamente comum." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo:* parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 270).

[5] Diz o art. 103-B, §4º da Constituição da República, naquilo que interessa ao tema ora sob exame, *in verbis*: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (...)".

[6] Neste sentido, confira-se: "RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE. QUINTO CONSTITUCIONAL. VAGA DA CLASSE DOS ADVOGADOS. NOMEAÇÃO DE DESEMBARGADOR PELO CHEFE DO EXECUTIVO ESTADUAL. ATO COMPLEXO E APERFEIÇOADO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO CNJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS CAPAZES DE ALTERAR O ENTENDIMENTO ADOTADO NA DECISÃO COMBATIDA. PRECEDENTES DO CNJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I. A nomeação de magistrado, pelo Chefe do Executivo, caracteriza-se ato de índole política e complexo, em relação ao qual, uma vez aperfeiçoado, o CNJ não detém qualquer ingerência. Precedentes do CNJ. II. Inexistindo elementos que justifiquem a alteração do entendimento perfilhado ao tempo da

desfazimento judicial do ato administrativo questionado, sob pena de violação, inclusive, da harmonia e independência dos poderes.

Assim, não há qualquer óbice em submeter ao Conselho Nacional de Justiça questionamento acerca do processo de indicação escolha de membros da advocacia ou do Ministério Público para vagas existentes na corte eleitoral ou no próprio tribunal, desde que a nomeação e posse do candidato ainda não tenha ocorrido (*rectius*, desde que a reunião de vontades necessária à conformação do ato administrativo complexo ainda não tenha se aperfeiçoado).

3. Do Sistema Constitucional de Defesa da Publicidade dos Atos Decisórios

A expressão "sistema constitucional de defesa da publicidade", que encabeça o presente subtítulo, foi tomada de empréstimo a partir de percuciente decisão da lavra do Ministro Dias Toffoli[7], como referência à noção de que a *ratio* que se extrai dos arts. 93, IX e X da Constituição da República vai no sentido de que sejam divulgados os fatos e fundamentos das deliberações proferidas por órgãos e juízos, sejam elas administrativas ou judiciais. Esse *sistema* estaria fundado nas normas insculpidas, respectivamente, nos arts. 37, *caput* e 5º, LX da Carta de 1988, sendo possível até mesmo falar em um direito fundamental de acesso aos dados processuais, que tem como corolário ou contrapartida um dever estatal de transparência.

Recordando o magistério do saudoso Marcos Juruena Vilella Souto, vale anotar, *in verbis*:

> Ao que parece, por transparência se quer muito mais, lançando-se, aqui, a ideia de que o verdadeiro controle visível ou transparente se dá quando se revela a intimidade das autoridades investidas de poder, naquilo que se refere ao exercício desse poder. Em outras palavras, o exercício de uma função pública, voltada para o público, deve permitir o seu constante acompanhamento, sem que o direito de intimidade, inegável aos indivíduos, especialmente contra o próprio Estado, possa ser alegado para afastar esses controles.[8]

Está, portanto, o princípio da publicidade a fundamentar a obrigatoriedade de votações públicas, nominais e abertas como regra geral para todas as deliberações judiciais e administrativas dos tribunais brasileiros, ressalvadas, por óbvio, aquelas

---

decisão objurgada, ela deve ser mantida nos moldes em que lançada. III. Recurso conhecido, uma vez que tempestivo, mas a que, no mérito, nega-se provimento. (voto Cons. Ana Maria Duarte Amarante Brito)" (CNJ – RA – Recurso Administrativo em PP – Pedido de Providências – 0003437-88.2014.2.00.0000 – Rel. Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE BARROS LEVENHAGEN – 232ª Sessão Ordinária – j. 31/05/2016).

[7] É o que se observa no MS 28390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 29/08/2013, publicado em DJe-173 DIVULG 03/09/2013 PUBLIC 04/09/2013.

[8] SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Transparência na Administração Pública. *Revista do TCM-RJ*, Rio de Janeiro, nº 35, 2007, p. 37-38.

hipóteses em que a norma constitucional imponha proceder de forma diversa. São apertadas as exceções, vale dizer, que preveem o voto secreto, as quais se referem a atos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX, parte final), à eleição de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça indicados para vagas no Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, I) e à eleição de juízes e desembargadores de Tribunais de Justiça para cortes regionais eleitorais (art. 120, §1º, I).

Significa dizer que, afastadas as exceções mencionadas, a regra geral da votação pública, nominal e aberta incide, no âmbito do próprio tribunal, sobre as promoções de juízes singulares ao 2º grau de jurisdição[9] e sobre as formações das listas tríplices referentes ao quinto constitucional[10]; e ainda, no que se refere às vagas das cortes eleitorais, aplica-se a regra tanto à eleição de juiz ou desembargador federal, como também à indicação dos nomes que ocuparão as vagas destinadas à advocacia.

É bem verdade que as exceções aventadas pelo legislador constitucional, tirante aquela que diz respeito à preservação da intimidade, são de todo criticáveis, não apenas porque inconsistentes em meio a um sistema de preponderância da publicidade, mas também porque exortam um sigilo que ontologicamente não se justifica. Todavia, se assim está posto, sigamos *de lege lata*, mas sem olvidar as palavras do eminente Ministro Celso de Mello ao discorrer sobre a publicidade como fator essencial à visibilidade do poder e dela própria como pressuposto de uma democracia saudável e plena. Em suas palavras,

> a Constituição da República, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.[11]

4. Da Fundamentação das Escolhas dos Nomes que Ocuparão Vagas nos Tribunais

A existência de um precitado sistema constitucional de defesa da publicidade dos atos decisórios — a obrigar que as deliberações judiciais e administrativas dos

[9] Neste particular, assim o é desde o ano de 2005, por força da Resolução CNJ nº 6, atualmente substituída pela Resolução CNJ nº 106/2010.
[10] Também aqui, de há muito deve ser aplicada a regra de publicidade, à inteligência da Recomendação CNJ nº 13/2007, que trata da lista tríplice referente ao art. 94, parágrafo único da Constituição da República.
[11] HD 75, tutela antecipada, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/10/2006, publicado em DJ 19/10/2006 PP-00052 RDDP nº 46, 2007, p. 167-170.

tribunais sejam públicas, nominais e abertas — abre espaço para que se questione acerca da existência de um quarto predicativo que deve estar presente, a impor que as manifestações sejam também *motivadas*.

A questão não é pacífica e para que se possa compreender sua amplitude e quais os avanços até agora promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça nesta seara é preciso delimitar seus meandros. Tem-se como pano de fundo a necessidade ou a dispensa de motivação em meio à análise das listas sêxtuplas apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil ou pelo Ministério Público quando do preenchimento de vagas destinadas ao quinto constitucional (art. 94 da Carta de 1988).

Nesta senda, dois cenários são possíveis: (i) o tribunal recusa a lista sêxtupla que lhe foi apresentada, devolvendo-a à instituição de origem por entender que os nomes ali constantes não atendem aos requisitos legais para a eventual indicação; (ii) o tribunal aprecia os nomes e reduz o elenco para uma lista tríplice que reúne as indicações a serem submetidas ao crivo do Poder Executivo. Questiona-se a necessidade de motivação destas condutas — recusa e redução da lista — por parte do tribunal a que foram apresentados os nomes.

No primeiro caso, que diz com a devolução da lista sêxtupla, a intervenção do Conselho Nacional de Justiça no tema é atualmente inviável, haja vista que a matéria se encontra judicializada nos autos do Mandado de Segurança nº 30.531, relatora a eminente Ministra Carmem Lúcia. No exame do pedido liminar, assentou-se que:

> Em juízo precário de delibação, próprio do exame de liminar, vislumbro uma aparente discordância entre os acórdãos referidos, motivo pelo qual não se pode afirmar qual a orientação vigente: se aquela proferida pelo Plenário, a exigir a devolução motivada da lista sêxtupla, ou a mais recente, exarada pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal, no sentido da desnecessidade de fundamentação desse dever-poder dos Tribunais. Nesses termos, somente com a análise da questão pelo Plenário deste Supremo Tribunal, quando do julgamento de mérito da presente impetração, se terá a solução para essa aparente divergência.

Diante da controvérsia, a medida foi deferida tão somente para neutralizar a determinação exarada pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de que o tribunal recorrido reapreciasse a lista recebida, desta vez em sessão pública e em atendimento aos termos da Recomendação nº 13/2007 daquele órgão de controle que, como dito outrora, preconiza que as listas tríplices referentes às vagas de quinto constitucional devem ser formadas por meio de votos abertos, nominais e fundamentados.[12]

[12] A eminente relatora, todavia, assentou sua prudência no sentido de que deferia a liminar tão somente por vislumbrar o devido molde aos termos da Lei nº 12.016/09. Em suas palavras, "Realço que este deferimento não importa em antecipação de qualquer entendimento sobre o mérito da impetração, como é óbvio, mas

O segundo cenário aventado, a referir a redução da lista sêxtupla em tríplice, contou com a devida manifestação do Conselho Nacional de Justiça quando do recente julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 0005816-36.2013.2.00.0000.

A questão atinente à necessidade de motivação na espécie não é inédita no órgão e sua jurisprudência era, até então, cambiante na matéria[13]. Neste mais recente pronunciamento, reafirmou-se que publicidade e motivação caminham juntas, vez que atreladas uma à outra como condições necessárias a uma ordem jurídica em que o exercício do poder se materializa com a imprescindível visibilidade que lhe deve ser inerente. Daí dizer, corroborando o entendimento no sentido de que a fundamentação é imprescindível também na redução da lista sêxtupla em tríplice, na linha do que consignado no voto do eminente relator, Conselheiro Lelio Bentes Corrêa, que:

> O agente público não vota premido por suas convicções e interesses pessoais; ao contrário, deve agir sob o peso da responsabilidade do *munus* que exerce e, portanto, deve não somente criar balizas objetivas para exercer sua escolha, como expor publicamente as razões que o levaram a determinada opção.

Nesta toada, ressalvadas as exceções constitucionais ou a matéria pendente de julgamento definitivo, é imperioso dizer que ficaram para trás os tempos do segredo, das salas de conchavos e dos acordos de listas prévias, devendo preponderar absoluta a regra geral no sentido de que as deliberações judiciais e administrativas dos tribunais devem ser públicas, nominais, abertas e motivadas.

5. Conclusão

O presente artigo examinou o recente julgamento dos Procedimentos de Controle Administrativo nº 0003491-88.2013.2.00.0000 e 0005816-36.2013.2.00.0000 no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e suas repercussões sobre o dever estatal de publicidade e motivação das deliberações judiciais e administrativas dos tribunais brasileiros. Transcreve-se, nestas ultimadas linhas, a conclusão do eminente Relator do julgado, *in verbis*:

---

não demasiado insistir e salientar, sequer decorrendo de seu deferimento qualquer direito a quem quer que seja, menos ainda qualquer juízo sobre o acerto, ou não, da conduta imputada ou, paralelamente, do provimento do Tribunal de Justiça de Rondônia objeto do questionamento no Conselho Nacional de Justiça.". (MS 30531, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 23/04/2012, publicado em 07/05/2012).

[13] PP – Pedido de Providências - 0000808-20.2009.2.00.0000 – Rel. Conselheiro ALTINO PEDROZO DOS SANTOS – 82ª Sessão – j. 14/04/2009; PCA – Procedimento de Controle Administrativo – 0006157-04.2009.2.00.0000 – Rel. Conselheiro IVES GANDRA – 99ª Sessão – j. 23/02/2010; PP – Pedido de Providências – Conselheiro – 0007009-91.2010.2.00.0000 – Rel. Conselheiro JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ – 125ª Sessão – j. 26/04/2011; e PCA – Procedimento de Controle Administrativo – 0000692-72.2013.2.00.0000 – Rel. Conselheiro JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA – 167ª Sessão – j. 16/04/2013.

> Por fim, de ofício, *determino, com efeitos ex nunc,* a todos os Tribunais brasileiros, excetuados o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, nos termos da Resolução CNJ nº 216/2016, que adotem a *votação nominal, aberta e fundamentada* em todas as deliberações administrativas, excetuadas as hipóteses em que a Constituição permite o voto secreto (art. 93, IX, segunda parte; art. 119, I e art. 120, § 1º, I). (grifos no original).

De todos os méritos que se possam aventar como decorrentes desse emblemático julgamento — inclusive como fonte de influência para as questões ainda judicializadas — o maior deles certamente foi o de espraiar a nova ordem jurídica de publicidade e motivação sobre todo o território nacional, ultrapassando as fronteiras geográficas das unidades federativas que lhes deram nascedouro, rompendo as fechaduras das salas de sessões dos tribunais e pondo termo ao indefinível silêncio das votações.

Estado Laico e o Ensino Público. Neutralidade Religiosa ou Neutralização da Religião?[1]

Secular State and the Public Education. Neutrality Religious or Neutralization of Religion?

Regiane Cristina Dias Pinto*

Resumo

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 positivou um Estado Social Democrático de Direito separado da religião e direcionado para a garantia da pluralidade de concepções e promoção do respeito aos direitos fundamentais. O Estado Laico Constitucional se tornou a matriz de funcionamento dos segmentos estatais e o parâmetro de atuação do movimento de promoção da liberdade religiosa. Neste contexto o Estado assume a obrigação jurídica de oferecer o ensino público obrigatório e gratuito, assegurando a consequente laicidade da educação formal. A neutralidade, contudo, se tornou um imenso desafio aos sistemas de ensino. Definir com precisão o conceito de neutralidade já seria desafio suficiente, efetivá-la na realidade prática das escolas brasileiras, uma construção delicada, extensa e paciente, com a qual o presente estudo anseia por oferecer alguma contribuição.

Abstract

The Constitution of the Brazilian Federal Republic 1988 created a democratic social state of law separate from religion and directed to guarantee the plurality of views and promoting respect for fundamental rights. The constitutional secular estate became the Working Mother State segments and the performance parameter of the promotion movement of religious freedom. In this context the State assumes a legal obligation to provide free and compulsory public education, ensuring consistent secularity of formal education. Neutrality, however, became an immense challenge to the education systems. To define precisely the concept of neutrality would be enough challenge if effetive in the practical reality of Brazilian schools, a delicate, extensive and patient construction, with which the present study yearns to offer some contribution.

[1] *Paper* referente ao Módulo I – Aspectos Propedêuticos e Jurídico-Constitucionais Nacionais do Direito à Liberdade Religiosa da Pós-Graduação Internacional *Latu Sensu* Estado Constitucional e Liberdade Religiosa.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Résumé

La Constitution de la République Fédérale Brésilienne de 1988 a mis en place un état social démocratique de droit séparé de la religion et organisé pour garantir la pluralité de points de vue et la promotion du respect aux droits fondamentaux. L'état laïque constitutionnel est devenu la matrice de fonctionnement des segments de l´état et le paramètre de la pratique du mouvement de promotion de la liberté religieuse. Dans ce contexte, l'état assume une obligation juridique d´avoir un enseignement public gratuit et obligatoire, en ayant un concept de laïcité dans l'enseignement formel. La neutralité, cependant, est devenu un immense défi pour les systèmes d'enseignement. Définir précisément le concept de neutralité serait déjà un défi en lui-même, le mettre en place dans une réalité pratique des écoles brésiliennes est une construction délicate, vaste et patiente. J´espère que mon étude pourra contribuer à l´évolution de ce sujet.

Palavras-chave

Estado Laico. Liberdade Religiosa. Ensino Público.

Keywords

Secular State. Religious Freedom. Public Education.

Mots Clé

État Laïque. Liberté Religeuse. Énseignement Public.

1. Introdução

O Brasil é um Estado Democrático Laico de Direito. Um Estado liberal que se propõe a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Essa condição, apta a gerar um certo orgulho nacional, esbarra num obstáculo: a pretensa satisfação com a positivação não se equipara à constatação do seu diminuto grau de efetivação. Há um longo caminho a percorrer. Positivar a dignidade humana e a liberdade religiosa não significa visualizar a real sedimentação dos conceitos.

No desenvolvimento do modelo de controle da educação formal brasileira, atualmente, a laicidade está em discussão. As teses e antíteses estão a formar e reformular os conceitos, adequando-os às práticas diárias de uma sociedade pluralista, inserida em sincretismos e com identidade formada com histórico tão peculiar.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro está na iminência de julgar ação direta de inconstitucionalidade que discutirá a necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal de dispositivos da Lei Civil de Diretrizes e Bases da Educação[2]

[2] Art. 33 O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

(*caput e* parágrafos 1º e 2º do artigo 33 da Lei 9.394/1996) e do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé[3] (artigo 33 do Decreto 7.107/2010) para definir se o ensino religioso em escolas públicas deverá ou não ter natureza confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.[4]

Os Tribunais brasileiros estão enfrentando uma crescente onda de questões que envolvem a liberdade religiosa no dia a dia do ambiente escolar, de forma que o debate sobre o laico e o neutro se tornou uma interrogação corriqueira a envolver discentes, docentes, familiares e gestores.[5]

O presente arrazoado se propõe a situar a natureza do Estado laico brasileiro enquanto prestador do ensino público obrigatório e gratuito, entendendo que a prestação deverá se caracterizar necessariamente por uma consequente expressão de laicidade na educação formal. Traduzir laicidade nos diversos contornos do exercício do poder-dever estatal é o caminho, contudo, a identidade da nação somente permitirá que modelos jurídicos alienígenas sejam comparáveis ao nacional se restarem guardadas zelosamente as devidas especificidades.

A devida identificação do laico fará o operador trilhar a opção interpretativa adequada, contudo, deverá ser acompanhada de uma compreensão da neutralidade que a aparte do conceito de neutralização da religião. Para tanto, este trabalho examinará o conceito de neutralidade religiosa e sua expressão na educação formal brasileira, oferecendo uma reflexão sobre o perigoso caminho da neutralização da religião.

---

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.
BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm Acesso em: 13 mar. 2016.

[3] Art. 11 A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.
BRASIL. Decreto nº 7107 de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Vaticano. 13 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm. Acesso em: 13 mar. 2016.

[4] Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, ajuizada em agosto de 2010 pela então Procuradora-Geral em exercício, Deborah Duprat. O ministro Roberto Barroso é o relator do processo. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392. Acesso em: 12 mar. 2016.

[5] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Princípio da Isonomia. Universidade não deve alterar horário de aula por causa de religião de aluno.* Revista Consultor Jurídico. Brasil. 17 nov. 2015. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/horario-aula-nao-alterado-devido-religiao-aluno; Acesso em: 12 mar. 2016. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Sem Privilégios. Alterar regime de aulas para aluno adventista viola princípio da igualdade.* Revista Consultor Jurídico. Brasil. 1º jun. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/alterar-regime-aulas-aluno-adventista-viola-igualdade: Acesso em: 12 mar. 2016.

2. O Estado Constitucional Laico Brasileiro

A Constituição de 1988 prevê a liberdade religiosa como um valor fundamental da República Federativa do Brasil. O caráter constitucional laico do Estado brasileiro é inferido pela análise do panorama constitucional, embora não haja menção expressa a essa condição. Vejamos os dispositivos constitucionais pertinentes.

Na dicção do art. 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> 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 as relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

O princípio da separação entre o Estado e a Igreja impede que o poder estatal seja utilizado a serviço da religião e vice-versa, com a ressalva para parcerias de interesse público. Isto é, não subsiste a vedação para a colaboração entre o Estado e a Igreja, a bem do interesse público, guardada a devida isonomia de tratamento das confissões[6]. Como um Estado Democrático de Direito[7], a República põe a salvo a dignidade da pessoa humana e as liberdades, situando as escolhas individuais fora dos limites da interferência estatal.

A liberdade religiosa encontra respaldo no Art. 5º da Carta Magna, inciso VI, que dispõe ser "Inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos direitos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias".

A proteção das liberdades de consciência e de crença encontra fundamentos que as distinguem por suas concepções respectivas. Há essencial diferença entre as liberdades, embora ambas se refiram às questões do foro íntimo. Para Ferreira (1997, p. 155), a liberdade de consciência não necessitaria de garantias uma vez que

---

[6] Neste sentido, *cf.* FERREIRA, Wolgran Junqueira. Direitos e Garantias Individuais: Comentários ao Artigo 5º da Constitucional de 1988. Bauru. Edipro. 1997, p.157.

[7] BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília,* DF. 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.
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 libre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

é inalcançável por força externa, não se colocando no mundo jurídico e ocorrendo apenas internamente em cada indivíduo [8]. Fato é que da liberdade de consciência derivará a liberdade de crença, assim como a própria possibilidade de não crer. Resta tipificado como um bem jurídico fundamental do Estado o direito aos indivíduos de professarem ou não uma fé religiosa. Neste sentido, Soriano (2002, p. 12) elucida o assunto, ao mencionar:

> Assim sendo, o direito à liberdade religiosa, no sentido *latu sensu*, interessa tanto ao que crê quanto ao que não crê, porquanto crentes e descrentes são igualmente amparados pelo direito. Estes através da liberdade de crença e de consciência, ao passo que aqueles através da liberdade de consciência. Tais peculiaridades oferecem uma relevância adicional a essa liberdade pública.[9]

O mesmo Art. 5º, inciso VI, supracitado, preconiza a liberdade de culto e organização religiosa, colocando ao Estado a limitação de não embaraçar a realização de cultos, juntamente com o compromisso ativo de garantir a proteção dos locais da aludida ocorrência. Ao mesmo tempo, não é permitido ao Estado realizar, por iniciativa própria, culto de qualquer natureza, assim como não lhe cabe subvencioná-los. A livre organização religiosa, por sua vez, também se estabelece como um valor constitucional e no cenário jurídico brasileiro aparece regulamentada pela Lei Civil[10].

Convém acrescer às previsões constitucionais até aqui mencionadas a *prestação de assistência religiosa* e a previsão de *não privação de direitos por motivo de crença religiosa*, inseridas no Art. 5º, incisos VII e VIII, *in verbis*:

> VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa, nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivos 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 a prestação alternativa, fixada em lei;

---

[8] Neste sentido, FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais: comentários ao Artigo 5º da Constituição de 1988*. Bauru. Edipro. 1997, p.155. Leciona: "Evidentemente, a simples liberdade de consciência, não precisaria ficar assegurada na Constituição, pois trata-se de matéria que diz respeito ao foro íntimo de cada ser humano. "

[9] SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

[10] Art. 44 (...)
§1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Acrescentado pela Lei nº 10825, de 22.12.2003)
BRASIL. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 11 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

Encerrando o breve percurso na Carta Magna brasileira de 1988, vale lembrar que desde 1890 (Decreto nº 19-A) por normatização infraconstitucional e a partir de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), por alicerce constitucional, vigora no ordenamento jurídico o princípio da separação do Estado e da Igreja.

Embora não haja consenso doutrinário sobre a definição do que é laico, segundo Santos Junior (2013, p. 181), dois pontos se destacam predominantemente incontroversos na construção da noção de laicidade: 1º) um aspecto estrutural, da existência da separação entre o Estado e as organizações religiosas; 2º) um aspecto substancial relativo à liberdade dos cidadãos, aos quais é reconhecido o direito de exercitar opção religiosa ou não, sem intervenção estatal. [11] Dentro desta linha de raciocínio, não há dúvidas sobre a laicidade do Estado brasileiro.

Outro aspecto relevante a ser acrescentado é a comum distinção que se faz entre laicidade e laicismo, caracterizadora da atitude estatal, favorecedora das expressões religiosas na primeira e hostil na segunda. Certo é que Constituição é a positivação mais elevada dos conceitos fundamentais de um governo, bastante influenciada pelo extrato cultural, histórico e social da correspondente geografia. Assim sendo, o exame dos princípios relativos à liberdade religiosa necessita ser adequado às peculiaridades locais. A laicidade brasileira não se coadunaria, por exemplo, com *la laïcité* francesa[12], onde a combatividade ao fenômeno religioso é predominante.

Nesta esteira, ainda na visão de Santos Junior (2003, p. 199)[13], para quem a análise comparativa de todas as constituições brasileiras alicerça a conformação do Estado com o fenômeno religioso, é possível constatar que:

> A partir dessa avaliação não há como fugir à constatação de que a mensagem ideológica transmitida pelo texto constitucional é a de que o modelo de laicidade brasileiro favorece o fenômeno religioso. E aqui deve ser dito que ser favorável ao fenômeno religioso não significa necessariamente uma quebra do princípio da separação. Há que se levar em conta que o princípio da separação, embora constitua um dos aspectos cruciais da laicidade estatal, com ela não se confunde.

[11] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 176-204. Vale destacar que o autor, citando BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds). *Religion in the public sphere:* a compative Analysis of German, Israeli American and International Law. Heidelberg: Max-Planck-Institut, 2007, elenca a classificação de seis modelos possíveis de relacionamento entre a igreja e o Estado; 1) modelo de animosidade agressiva entre Estado e Igreja; 2) modelo de estrita separação, na teoria e na prática; 3) modelo de estrita separação na teoria, mas de acomodação na prática; 4) modelo de divisão e cooperação; 5) modelo de unidade formal da igreja e do Estado, com divisão material; 6) modelo de unidade formal e material da Igreja e do Estado.

[12] KOUSSENS, David. Sous *l'affaire de la burqa... quel visage de la laicité Française?* Les Presses de L'Université de Montreal. Sociologie et Sociétés. Montreal (Québec), Canada. Vol. 41, nº 2, p. 337-347. 2009. Disponível em: http://www.erudit.org/revue/SocSoc/2009/v41/n2/039275ar.html Acesso em: 10 mar. 2016.

[13] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 199.

A análise sobre Estado laico brasileiro é pertinente na medida em que, ao controlar o ensino público, caberá ao Estado reproduzir o identitário do caráter que professa.

3. Direito à Educação, à Liberdade de Ensino e à Liberdade Religiosa

A liberdade religiosa terá intercessão inevitável com o direito à educação e o exercício das liberdades individuais correspondentes. Convém associá-las aqui para formação do *iter* metodológico perseguido.

Maliska (2001, p. 145), ao citar Canotilho (1993, p. 542), explica que o Direito a Educação é classificado como direito fundamental *derivado a prestações*, prescrevendo igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas pelos poderes públicos, bem como de igual cota-parte (participação) nas prestações fornecidas, por estes serviços, à comunidade. O direito prestacional apresenta-se quando:

> a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. [14]

O direito à educação é típico direito fundamental prestacional social[15] e se encontra inscrito no texto constitucional, *in verbis:*

> Art. 205 A educação é direito de todos e dever do Estado e da Família, a ser promovida e incentivada coma colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Enquanto o direito à educação é reconhecidamente direito social e integra a segunda dimensão dos direitos fundamentais, as liberdades correlatas se inserem na primeira dimensão e se dirigem a uma abstenção do Estado, "demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder", (Sarlet, 2015, p. 47)[16].

---

[14] MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. 1ª ed. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p. 145. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, 1993, p. 542-543.

[15] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais:* Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, p. 47.

A Constituição Federal, ao dispor sobre o ensino no Art. 206, declara que deverá ser ministrado nos seguintes princípios:

> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Segundo a classificação de Moraes (2003, p. 673)[17], a relação dos princípios do ensino pode se subsumir à seguinte lista: igualdade de condições para o acesso e permanência *na* escola; liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino; gestão democrática do ensino público; e garantia de padrão de qualidade.

Convém identificar que há liberdades individuais que estão intimamente ligadas ao direito social à educação, isto é, se por um lado subsiste o direito subjetivo público de que o Estado preste ou controle a prestação do serviço educacional, do outro lado, os indivíduos têm direito às liberdades de consciência, de manifestação do pensamento, de expressão, de aprendizado, de ensino e de acesso à informação entre outras[18]. Sem a garantia do livre exercício de tais liberdades não será possível o pleno exercício do direito à educação.

Para o presente trabalho, convém recortar as seguintes liberdades constitucionais do ensino: a *liberdade de cátedra ou de ensinar:* a liberdade dada ao docente para ensinar, expondo fundamentadamente suas convicções, sempre abertas à refutabilidade; e a *liberdade de aprender:* liberdade para apropriação do conhecimento, exploração de concepções e elaboração do processo de aprendizagem consoante consciência própria. Tudo isto envolto num espaço de respeito à pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas. Note-se que no processo educacional, notadamente na particular relação professor-aluno, sempre estará em construção o equilíbrio entre a liberdade de ensinar do docente e a liberdade de aprender do aluno.

---

[17] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

[18] No que diz respeito às liberdades mencionadas o Art. 5º da Constituição de 1988, cita-se, *in vebis*, os seguintes incisos:
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
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;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

No panorama do constitucionalismo moderno, ancorado numa postura liberal de controle estatal da educação, é possível encontrar as citadas liberdades em outros sistemas. Cite-se como exemplo, o sistema constitucional português, que também faz especial menção às liberdades de ensinar e aprender[19]. Na doutrina lusitana de Adragão (1995, p. 202) é interessante o enfoque dado à distinção da liberdade de ensino *de* escola e liberdade de ensino *na* escola, correspondendo a primeira à liberdade de escolha da escola bem como de acesso e permanência e a segunda no respeito ao pluralismo e no consequente impedimento ao Estado de programar ideologicamente a educação.[20]

A liberdade religiosa fluirá, inequivocamente, como consequência da liberdade de ensinar do docente e da liberdade de aprender do aluno.[21]

4. O Modelo do Sistema Educacional Brasileiro e a Neutralidade Religiosa: a Equivocada Tendência da Neutralização

O Art. 205 da Constituição brasileira[22] prescreve que educação é direito de todos e um dever do Estado e da Família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Pela disposição legal é possível identificar o estigma liberal do modelo constitucional do sistema educacional brasileiro. Na corresponsabilidade entre Estado, sociedade e família, afasta-se qualquer visão totalitária do estatismo educativo, corrente em que o Estado se arvora como proprietário único do poder-dever de educar.[23]

Não é demais adicionar a definição da educação e seus objetivos, disciplinada pela Lei Civil[24] brasileira, ao dispor que: "A educação, dever da família e do Estado,

---

[19] Artigo 43º
Liberdade de aprender e ensinar
1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar.
2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.
PORTUGAL. (Constituição) Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Portugal. 02 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[20] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 202.

[21] Embora ensinar e aprender não sejam conceitos estáticos, uma vez que é cediço que quem ensina também aprende e quem aprender também ensina. A questão aqui tratada se restringirá ao plano jurídico das liberdades.

[22] Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
BRASIL. (Constituição) Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[23] Sobre visões estatistas liberais e totalitárias da educação *cf.* ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995.

[24] Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Tal disposição infraconstitucional não permite que haja margem de dúvida quanto à fisionomia estatal, qualificando-a na posição de coordenação geral do ensino (educação formal), sem deixar de compartilhar a responsabilidade educacional com instituições precedentes à própria existência do Estado, de singular função no processo de formação do indivíduo: a família e a sociedade.

É também possível a distinção do modelo de ensino preconizado pelo Estado brasileiro, assinalando-se a positivação do enfoque dado ao pleno desenvolvimento do educando. Isto é, o desenvolvimento da pessoa humana deverá prevalecer sobre qualquer outro interesse que possa beneficiar ao Estado.

Pois bem, levando-se em conta a laicidade benevolente constitucional e os princípios gerais do modelo brasileiro de controle da educação formal, como compreender o conceito de neutralidade da educação? Qual seria o alcance do conceito? É possível garantir a neutralidade do ensino? Qual o conceito de neutralidade que se coaduna com a dogmática constitucional brasileira?

Em primeiro lugar, cumpre alinhavar que a noção de neutralidade do ensino surge ligada à garantia de respeito às liberdades e à vinculação estatal aos direitos fundamentais. Ou seja, a neutralidade seria a forma de se garantir a liberdade religiosa do educando, uma vez que o Estado buscaria se abster de contender com o dissenso que envolve questões polêmicas, como é o caso do fenômeno religioso.

Entretanto, na prática, esta possibilidade é inexequível à medida que é impossível ao Estado ser neutro, enquanto ordenamento jurídico. Na opinião de Santos Júnior (2013, p. 182-183):

> Ao Estado enquanto ordenamento jurídico é infactível a neutralidade. Isso é fácil de perceber. Qualquer opção tomada pelo legislador constituinte que se refira ao fenômeno religioso será necessariamente favorável ou desfavorável. Até mesmo o silêncio. Se o ordenamento constitucional conta o fenômeno religioso como um valor em si mesmo, que contribui para a integração ou para a coesão social não há que se falar em neutralidade. [...] O Estado não é, nunca foi e jamais será neutro diante do fenômeno religioso, pelo menos enquanto ordenamento jurídico.[25]

A noção de neutralidade tem feito inadvertida parceria com conceito de laicidade. Entretanto, sem a exata delineação conceitual, é provável que se façam

[25] SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 182-183.

conexões impróprias dos respectivos significados. Vimos alhures que o conceito de laicidade contempla uma elasticidade conceitual, de onde foi possível concluir o modelo brasileiro como cortês ao fato religioso.

Somando-se aos entendimentos já explicitados, o nomeado doutrinador português, Jónatas E. M. Machado, sustenta que o constitucionalismo moderno, longe de ser neutro, apresenta-se indissociável da matriz judaico-cristã. Segundo ele:

> O princípio da separação das confissões religiosas do Estado, com sua exigência de neutralidade religiosa e ideológica, constitui um dos traços característicos do tipo do Estado Constitucional. No entanto, quando se escrutina este princípio, depressa se compreende a sua natureza paradoxal. Ao mesmo tempo que apregoa a neutralidade e a não identificação religiosa e ideológica, o Estado Constitucional avança com afirmações categóricas de valor que são tudo, menos axiologicamente neutras.[26]

Quanto à neutralidade, também ensina Adragão (1995, p. 77) que ela se revela através das nuances da indiferença ou da ausência de compromisso.

A neutralidade-indiferença consiste em excluir a abordagem de matérias polêmicas, isto é, mediante um possível conflito, ser indiferente e não ter interesse pela pluralidade de posições. Esta classificação reponde à pergunta proposta acima, quanto à possibilidade de o ensino ser neutro, privado de apreciação da dimensão religiosa. Para o autor (Adragão *apud* Buisson, 1977, p. 5):

> A resposta parece ser negativa como admitem, aliás, alguns dos próprios teóricos da neutralidade escolar: "Aqui [em matéria educativa] viver e filosofar caminham juntos: não temos o direito de não instruir as crianças nem meio de instruí-las sem lhes transmitir uma filosofia implícita. Assim, sem se erigir em árbitro entre o teólogo e o cientista, o educador é obrigado, de bom ou mal grado, a decidir entre eles, visto que ele próprio tem de se pronunciar.
>
> Deve, pois, concluir-se que o ensino ministrado na escola não pode ser neutro e mesmo que não o deve ser, se a educação – em harmonia com a visão compreensiva que dela se postula – pretende o desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana.[27]

[26] MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25-27.
[27] *Cf.* BUISSON, Ferdinand. *La Religion, la Morale et la Science – Leur Conflit dans l'Education.* p. 05, *cit. in*: PLANCHARD, Émilie. *Em Defesa da Liberdade de Ensino. Lisboa/São Paulo. Verbo. 1978.*

A neutralidade caracterizada pela indiferença corresponderia, segundo o autor à "matriz radical francesa, não satisfazendo as exigências da liberdade de aprender e de formar a própria consciência".

Haveria, contudo, uma outra face da neutralidade, classificada como *neutra e pluralista,* identificada nas seguintes linhas da citada obra (Adragão *apud* Garcia Hoz, p. 78)[28]:

> [...] é difícil *a priori* compreender como se pode compatibilizar a neutralidade, ausência de compromisso, com o pluralismo, aceitação de uma pluralidade de opções numa situação determinada. Mas a compatibilização é possível: oferece-se a solução de que a escola seja neutra enquanto instituição e dentro dela cada professor: 1) tenha absoluta liberdade de expor e defender sua ideologia; 2) ou seja obrigado a expor imparcialmente as diversas concepções sobre cada problema (neutralidade anglo-saxônica).
>
> O argumento-força com que se defende este modelo de ensino estatal é o que tutela exemplarmente a liberdade de aprender, permitindo a livre escolha pelos alunos entre as diferentes possibilidades que lhes são apresentadas e promovendo, através dum confronto aberto de posições culturais, a plena formação de sua personalidade.

Faz-se necessário assinalar aqui que a citada concepção não se adequa à educação infantil, tampouco aos primórdios da educação fundamental, uma vez que o elevado grau de dependência da primeira infância faz com que a criança precise de respostas seguras e confiáveis, não cabendo ao educador lhe confrontar com um leque plural de concepções. Nessa linha de raciocínio, nos primeiros anos da vida escolar, é imprescindível o acatamento escolar da determinação dos pais, em reverência ao direito dos pais de educar seus filhos de acordo com suas próprias convicções.[29]

Feita a ressalva, quanto à primeira infância, em linhas gerais, esta é a concepção que se afina com a dogmática constitucional brasileira. Uma neutralidade plural, que não se coloca a serviço da neutralização da religião. Consoante Machado (2013, p 134):

> O Estado Constitucional deve ser neutro relativamente às diferentes visões do mundo, não no sentido de que estas lhe são ética ou axiologicamente indiferentes, mas no sentido de que ele as avalia

[28] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 78 *apud* GARCIA HOZ. *Vide La libertad de Educatión y la Education para la Libertad, in Persona y Derecho*, 6, 1979.

[29] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa. 1ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 78.

> a todas, de igual modo, com base nos mesmos valores e princípios constitucionais de dignidade, liberdade, igualdade e justiça. [...] O princípio da neutralidade surge, acima de tudo, como artifício de gestão da diversidade.[30]

O que se vê no cenário pátrio é uma tendência de nacionalizar uma neutralidade indiferente ao fenômeno religioso e mundividencial, mais corretamente conceituada como uma corrente neutralizadora da religião, incidindo tal tendência em flagrante equívoco. Ainda citando Machado (2013, p. 129):

> [...] o liberalismo político constrói privilégios epistêmicos a favor das visões secularizadas do mundo, expulsando os valores e argumentos religiosos do espaço público e do processo democrático de formação da opinião pública e da vontade política. Para além de isso ser difícil de fundamentar à luz dos direitos humanos e da democracia, senão da própria teoria da justiça, este entendimento deixa criticamente intocadas, na esfera pública, visões de mundo naturalistas, materialistas, utilitaristas e economicistas, de fundamentação empírica e racional mais do que duvidosa. Ou seja, a neutralidade do Estado assim entendida tende a funcionar melhor diante da religião (e contra ela), já que a mesma é mais facilmente identificável pelas suas expressões doutrinais, rituais e institucionais, do que diante das demais visões do mundo não religiosas.[31]

5. Conclusão

Com efeito, uma vez compreendido o instituto da laicidade constitucional brasileira, torna-se inevitável identificar que à neutralidade caberá uma interpretação consonante com a hermenêutica do primeiro.

No âmbito do ensino público, o modelo constitucional brasileiro só pode se coadunar com uma neutralidade pluralista, a serviço da diversidade, que não trilhe o caminho da hostilização à manifestação religiosa, mas a acomode com isonomia, igualdade e justiça.

A tendência neutralizadora do fator religioso é inconstitucional à medida que marginaliza o fenômeno, deixando de conferir tratamento isonômico ao mesmo, ao mesmo tempo que acaba por guarnecer outras visões de mundo, desequilibrando o papel garantidor das múltiplas liberdades individuais correlacionadas com a educação, o ensino público e a liberdade religiosa.

---

[30] MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 134.

[31] MACHADO, *loc. cit.*

Mãos à obra, com delicadeza científica, paciência tolerante e extensão combativa, contribuir com a sedimentação da idônea neutralidade religiosa do Estado laico brasileiro.

Referências Bibliográficas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. 1995.

BRASIL. Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996, alterada pela Lei nº 9475 de 22 de julho de 1997. Estabelece as diretrizes e bases da educação. Brasília, DF. 22 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm.> Acesso em: 13 mar. 2016.

_____ Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em: 13 mar. 2016.

_____ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. 05 out.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2016

BUISSON, Ferdinand, La Religion, la Morale et la Science – Leur Conflit dans l'Education. P 05, *cit. in* PLANCHARD, Émilie. Em Defesa da Liberdade de Ensino. Lisboa/São Paulo: Verbo. 1978.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Direitos e Garantias Individuais: Comentários ao Artigo 5º da Constitucional de 1988. 1ª ed. Bauru. Edipro. 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Revista Consultor Jurídico. Brasil. 17 nov. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/horario-aula-nao-alterado-devido-religiao-aluno.> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____ Sem Privilégios. Alterar regime de aulas para aluno adventista viola princípio da igualdade. Revista Consultor Jurídico. Brasil. 1º de jun. de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/alterar-regime-aulas-aluno-adventista-viola-igualdade> Acesso em: 12 mar. 2016.

KOUSSENS, David. Sous *l'affaire de la burqa... quel visage de la laicité Française?* Les Presses de L'Université de Montreal. Sociologie et Sociétés. Montreal (Québec), Canada. Vol. 41, nº 2, p. 337-347. 2009. Disponível em: <http://www.erudit.org/revue/SocSoc/2009/v41/n2/039275ar.html> Acesso em: 10 mar. 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa:* entre o teísmo e o neo(ateísmo). 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001. p. 145. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Portugal. 02 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.> Acesso em: 13 mar. 2016.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho:* a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade Religiosa no *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

UZIEL, Santana; MORENO; Jonatas; TAMBELINI, Roberto (Org.). O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e religiosos em geral. São Paulo: ANAJURE, Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2014.

Reconhecimento da Vulnerabilidade Linguística do Consumidor: Forma de Acesso à Justiça[1]

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios da Linguagem. 2.1. Linguagem: Bloqueio ou Acesso ao Direito? 3. O Código de Defesa do Consumidor no Brasil: Aspectos Histórico-Jurídicos. 3.1 O CDC no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 4. A Vulnerabilidade no CDC: uma Inter-relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana. 4.1. A Dignidade da Pessoa Humana. 4.2. Vulnerabilidade: Chegando ao Ponto de Partida do CDC. 4.2.1. Espécies de Vulnerabilidade: Análise Doutrinária. 5. Considerações Finais.

Resumo

A linguagem jurídica em algumas situações funciona como um bloqueio para cidadão aos seus direitos. Por isso, este trabalho objetiva analisar a linguagem nas relações de consumo, pautadas pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo como princípio mor a vulnerabilidade do consumidor. Considerando que, segundo a doutrina, há diferentes tipos de vulnerabilidade nas relações consumeristas definidas pelos doutrinadores, a pesquisa descreve as diversas espécies de vulnerabilidade, considerando, sobretudo, a vulnerabilidade linguística, investigando também se o desconhecimento de determinados termos técnico-jurídicos por parte do consumidor constitui uma vulnerabilidade linguística, implicando, portanto, a defesa de seus direitos como cidadão comum. Integramos na pesquisa os pressupostos teórico-metodológicos e os fundamentos de duas ciências: A linguística, que considera a linguagem vinculada a um contexto macro em que estão inter-relacionados os aspectos discursivo, semântico e pragmático da linguagem a partir dos usos em situações comunicativas distintas, e o Direito, por ser a ciência que se fundamenta na regulamentação das relações sociais, tendo o homem como destinatário final das normas.

Abstract

Legal language in some situations acts as a lock for their citizen rights. So, this paper aims to analyze the language in consumer relations, guided by the Code of Consumer

[1] Monografia (de Orientação de Trabalho de conclusão de curso).

* Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Professor da Universidade do Estado da Bahia área de Direito, Português Jurídico, Introdução ao Estudo do Direito, licenciado em Letras, mestre em Letras, bacharel em Direito, especialista em Português Jurídico, Gramática e Linguística, Direito Penal e Processual Penal.

Protection having as the chief principle the consumer´s vulnerability. Since, according to the doctrine, there are different types of vulnerability in "consumeristas" relationships defined by scholars. The research describes various kinds of vulnerability, especially the linguistic one. It also investigates if the lack of certain technical and legal terms by the consumer constitutes a linguistic vulnerability, implicating therefore the defense of their rights as ordinary citizens. We integrate in research the theoretical and methodological assumptions and the foundations of two sciences: the linguistics that considers the language linked to a macro context in which are linked the discursive, semantic and pragmatic aspects of language from the usages in different communicative situations, and the Law, being the science that is based on the regulation of social relations with the man as the final recipient of the rules.

Palavras-chave

Vulnerabilidade, Princípio, Consumidor, Linguagem, Direito.

Keywords

Vulnerability, Principle, Consumer, Language, Law.

1. Introdução

Sabe-se que o Direito, como qualquer ciência, tem suas especificidades no que se refere à linguagem. Às vezes, o direito pleiteado por um cidadão comum, que desconhece a terminologia jurídica, seja no âmbito do Direito Material ou do Processual, torna-se de difícil compreensão, e o acesso à justiça, dessa forma, torna-se difícil, porque o acesso à justiça tem sua gênese no plano educacional, ou seja, o ponto inicial de chegar às portas do Judiciário está na possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, conhecer os mecanismos para exercê-los, porque o conhecimento dos direitos passa pela informação. Esse problema varia conforme a situação sociocultural do povo e do contexto em que está inserido. Um cidadão, desapercebido de conhecimento, normalmente desconhece os seus direitos, não sabe quando são violados e a forma como tutelá-los, mas dependendo do grau de complexidade do assunto em um conflito jurídico, o cidadão comum pode saber os direitos que tem e como tutelá-los no âmbito jurisdicional. O mundo jurídico está se tornando vez mais complexo, haja vista as transformações sociais, politicas econômicas e culturais. É inegável que, quanto maior o nível socioeducacional do cidadão, maior a possibilidade do conhecimento e defesa de seus direitos, seja com a contratação de um advogado, seja pelo próprio conhecimento. Nesse contexto, devem-se incluir os indigentes, os deserdados do mundo, os párias da sociedade, que vivem relegados ao esquecimento e à miséria absoluta, não sabem de onde vieram, onde estão e para onde vão, conforme expressa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, "não têm condições sequer de ser partes – os 'não partes' *são pessoas absolutamente marginalizadas*

da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país". (CARNEIRO, 2000; p. 58).

Para se comprovar esse quadro, basta assistir a audiências nos Juizados de Defesa do Consumidor, aonde muitos cidadãos vão ao Judiciário, sem nem saber realmente o que dizer e como dizer. À guisa de exemplo, relembro cenas que presenciei cenas dessa natureza ainda no estágio supervisonado do Curso de Direito, quando vi um advogado dizer a um vendedor de picolé que cabia a ele ônus da prova. Em seguida, disse em latim: *Allegare nihil, et allegatum non probare paria sunt*, traduzindo para o português: *Alegar e não provar o alegado importa nada alegar.*

Dessa forma, o desconhecimento da informação está vinculado *à condição* socioeconômica do indivíduo e ainda a falta de compromisso *ético-profissional* do advogado, pois, conforme dispõe o Artigo 133, da Constituição Federal de 1988: *O advogado é indispensável à administração da justiça [...].*

Nesse contexto, constata-se que quanto menor o nível socioeconômico das pessoas, consequentemente mais baixo o seu status social e menor o nível de informação.

Diante do exposto, a temática elucidada neste artigo vincula-se ao acesso à Justiça como base para a construção de um Estado Democrático de Direito que consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares que serve de alicerce para todos os demais princípios.

Considerando que o cidadão comum, por não conhecer determinados termos específicos do universo jurídico e ainda termos de outras ciências que podem também estar presentes nas relações de consumo, vislumbra, portanto, que, além das diversas vulnerabilidades elencadas pela doutrina consumeristas, apresenta um tipo de vulnerabilidade pouco ou não explorada no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se da vulnerabilidade linguística seja nas relações de consumo no que se refere a um bem ou a um serviço prestado, seja nas relações jurídicas que tem como escopo uma relação de consumo tutelada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 ou apenas Código de Defesa do Consumidor (CDC). A problemática deste trabalho consiste na análise da vulnerabilidade linguística do consumidor, visando ao reconhecimento dessa vulnerabilidade nas relações de consumo, princípio maior do CDC, inserindo-a na Política Nacional de Relações de Consumo.

O termo *cidadão comum* será usado neste artigo com referência ao homem que não está inserido nas relações jurídico-processuais, desconhece os termos técnicos do léxico do Direito e os aspectos de que o Magistrado dispõe para prestar a tutela jurisdicional.

O problema da informação está associado ao princípio democrático, pois aquele que não está informado dos seus direitos não tem condições de exercê-los, ou seja, não está apto a desenvolver a cidadania e participar do processo democrático.

Assim, justifica-se a pertinência desse artigo para o mundo jurídico, considerando o Direito uma ciência da linguagem. Pretende-se ainda neste artigo uma correlação entre o Direito e a Linguística, com os pressupostos teórico-metodológicos da Jurislinguística,

união do Direito e da Linguística, desenvolvida nos últimos anos, apresenta uma estrutura binária: O estudo semântico das palavras e estruturas empregadas pelo Direito, haja vista os sentidos que esses enunciados apresentam no contexto jurídico e a ação do Direito sobre a linguagem como ação e interação. Nas relações consumeristas, a linguagem é imprescindível tanto no plano da interação como no conhecimento e defesa de seus direitos em se tratando do que está comprando ou contratando. Nesse contexto, há a interação de duas ciências importantes, a Linguística e o Direito. A primeira considerada como a ciência que estuda a linguagem humana em todos os seus aspectos; a segunda definida, entre diversos conceitos, como um sistema de normas de condutas criado e imposto pelas instituições, visando a regular as relações sociais. "O Direito surge com o homem, como expressão de um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras sem palavras não é nada" (ROBLES, 2004, p. 48).

Este artigo tem como objetivo geral analisar, a partir da situação vivida pelo autor nas audiências do Juizado de Defesa do Consumidor da Cidade de Salvador (BA), a relação entre a linguagem e o Direito, tendo como base a interação das partes da relação processual, considerando a vulnerabilidade, princípio norteador do Direito do Consumidor Brasileiro.

Para alcançar o objetivo macro, delinearam-se três objetivos mais específicos: (i) descrever a situação jurídica, observando os princípios que adota o CDC; (ii) observar se os termos usados pelas partes na relação processual eram de fácil compreensão para a parte vulnerável; (iii) compreender o aspecto semântico dos termos vulnerabilidade e hipossuficiência na relação de consumo. Servirá como aporte teórico o método descritivo e dedutivo para a análise do problema, consubstanciado nos doutrinadores que tratam do direito consumerista. Trata-se, portanto, de uma pesquisa descritiva. Considerando que o problema de pesquisa é uma questão não resolvida, algo para o qual se vai buscar resposta(s), mediante a pesquisa, no decorrer do artigo, objetiva-se responder às perguntas: (i) Há realmente uma vulnerabilidade linguística na relação de consumo? (ii) O conhecimento do cidadão é a porta de entrada para o acesso à Justiça?

Pretende-se demonstrar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo é essencial à efetividade da política do CDC. O reconhecimento da vulnerabilidade pode proporcionar os desafios do direito do consumidor na sociedade moderna e auxilia no acesso à Justiça pela linguagem.

Por questões didáticas, o artigo é constituindo de três seções. Na primeira seção, apresentar-se-ão os princípios da linguagem, argumentos que mostram a linguagem como forma de opressão e liberdade ao mesmo tempo. Ainda nesta seção, faremos incursões nos aspectos semântico-pragmáticos da linguagem jurídica. Na segunda, contextualizar-se-á sucintamente os aspectos histórico-jurídicos do CDC, as implicações dos termos técnicos na vida do cidadão comum e os desdobramentos da vulnerabilidade na doutrina brasileira. Na terceira, analisaremos o princípio da Vulnerabilidade, a âncora do *Código de Defesa do Consumidor* (CDC), com ênfase na vulnerabilidade linguística, e sua importância para as relações consumeristas. Em

seguida, apresentar-se-ão as conclusões afirmando se os objetivos foram ou não atingidos e as perguntas foram respondidas.

2. Princípios da Linguagem

O homem, ao se comunicar, transmite seus sentimentos e interage no contexto social onde se encontra por meio da linguagem. Dessa forma, a linguagem foi concebida no percurso da história da humanidade de diferentes formas, segundo Kock (2005), há três princípios que fundamentam o uso da linguagem:

– O princípio da apresentação: linguagem é "espelho" do mundo e do pensamento;

– O princípio de instrumento: a linguagem é "ferramenta" de comunicação;

– O princípio da forma "lugar" de ação ou interação.

A língua é um código, é o meio pelo qual a mensagem se expressa. A linguagem é uma atividade humana, por intermédio dela, o homem interage, expressa seus pensamentos e se comunica. É a linguagem como atividade e forma de ação. Sendo a linguagem o lugar de interação, possibilita aos membros de uma sociedade a prática de diversos tipos de atos, exige dos falantes noções e/ou comportamentos, influencia na argumentação entre outros aspectos.

Vivemos em uma sociedade plural. Por isso, a linguagem apresenta uma diversidade de usos a fim de se ajustar aos contextos discursivos diversos, levando-se em conta os falantes, a relação entre os fatos e as circunstâncias da enunciação. A condição *sine qua non,* para existir a comunicação e interação entre os falantes, é o entendimento da mensagem. Dessa forma, a linguagem não pode ser vista como um bloqueio às relações sociais, sobretudo, quando se trata de defesa de interesses e direitos.

2.1 Linguagem: Bloqueio ou Acesso ao Direito?

Em algumas circunstâncias, para o cidadão comum, a linguagem é um bloqueio de acesso à justiça. Os advogados, ao dirigirem-se à pessoa que está defendendo, falam como se estivessem em um Tribunal, dialogando com os doutores da Lei, Desembargadores, Ministros etc. Sabemos que a linguagem jurídica, como de qualquer ciência humana, tem suas peculiaridades que a definem como a linguagem de uma determinada profissão, mas essas peculiaridades devem ser mitigadas quando se trata da interação entre Operador do Direito e o cidadão comum:

> A linguagem jurídica não pode, entretanto, ficar prisioneira de expressões arcaicas e rebuscadas, que apenas prejudicam a boa comunicação. Respeita-se a linguagem técnica, mas condena-se veemente a linguagem prolixa de muitos profissionais da área. Linguagem confusa e arcaica contribui para a morosidade da justiça. (PAIVA, 2005, p. 69).

Para Foucault (1996, p. 37), "ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfazer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo (*sic*)". Por isso, nem todos os contextos discursivos são acessíveis, seja pela estrutura linguística, incompreensível, seja pela própria estrutura jurídico-social.

Por ser o Direito um fenômeno sociocultural que se manifesta através da língua, seu processo de conceitualização não é uma atividade individual isolada. É fruto de uma construção afetada pelo uso da língua no contexto real de interação (*cf.* MACIEL, 2001, p. 45-53). Na verdade, são palavras e enunciados que lhe conferem a existência. As palavras do poder constituído manifestam o Direito. Quando, por exemplo, o juiz, em um processo, emprega a forma verbal imperativa, *cite-se*, reúne, em uma só palavra, três comandos: a determinação de que a Inicial contempla os requisitos formais e processuais; a existência de uma demanda contra alguém; chamamento desse alguém para compor a relação processual, oportunizando-lhe o direito de defesa e do contraditório.

Um texto pode ser compreendido por um leitor, mas, não ser por outro, devido às especificidades na forma ou no conteúdo. Por exemplo, se um advogado disser a um cidadão comum que um determinado produto apresenta um *vício aparente ou oculto*, certamente, esse cidadão não saberá que a palavra *vício*, na relação de consumo, significa aqueles defeitos que tornam o produto/serviço impróprios ou inaptos ao consumo destinado.

O vício aparente é o vício perceptível sem maior dificuldade de constatação, ou seja, o consumidor não encontra obstáculos para reconhecê-lo. Mas se deve analisar o grau de conhecimento do consumidor. Já o vício oculto é aquele que não apresenta facilidade de constatação. Outro exemplo no aspecto da linguagem jurídica: na audiência, o operador do Direito disser ao consumidor que seu direito foi vencido pela decadência ou prescrição.

Para o cidadão comum, segundo o léxico comum, a *decadência* é o ato de decair; fim; declínio, enfraquecimento, abatimento, empobrecimento, a prescrição é ato de normatizar, prescrever, determinar.

Na ciência jurídica, ambos os institutos têm como fundamento a desídia no lapso temporal, pertencem ao mesmo campo semântico, mas apresentam sentidos e implicações diversas na seara do Direito.

A Decadência refere-se ao direito. Este caduca, ou seja, atinge o direito de reclamar, isto é, de pedir a tutela jurisdicional. Enquanto a pretensão afeta o direito de reparação do dano causado pelo vício/defeito. No CDC, a decadência afeta o direito de reclamar em relação ao defeito do produto/serviço, enquanto que a prescrição atinge a pretensão de deduzir em juízo o direito de ressarcir-se dos prejuízos advindos do fato do produto/serviço.

A decadência requer um direito em potência, a prescrição pressupõe um direito já exercido pelo titular. Por isso, o CDC distingui as duas realidades: no *Artigo 26*, trata da decadência; no *artigo 27*, elucida a prescrição. Em síntese, a prescrição

atinge a ação, por via oblíqua, causa o desaparecimento do direito por ela tutelado; já a decadência atinge o direito e por via oblíqua, extingue a ação.

Diante da situação, concluímos que o cidadão comum não será capaz de entender as diferenças acima, tendo em vista que essas palavras, na terminologia jurídica, não fazem parte de seu cotidiano. Define Robles *(op.cit.* p. 53):

> Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito.

A linguagem, permeada de termos rebuscados desnecessários à situação comunicativa e de difícil compreensão, constitui a manutenção de um direito não positivado para os homens em geral, mas, sobretudo, uma ciência jurídica que se explica por suas normas e não pelas transformações socioculturais. O Direito não poderá produzir seu objeto numa dimensão exterior à linguagem. Por isso, deve construí-lo sobre dados expressos pela mesma linguagem. Para que a comunicação se torne eficiente, a linguagem deve estar ao alcance das partes, haja vista a lide geralmente ser composta por cidadãos leigos em matéria jurídica.

O acesso à justiça deve ser visto como um direito fundamental. Esse acesso dar-se-á com o respeito ao padrão linguístico do consumidor que não domina a terminologia jurídica. O profissional do Direito deve propiciar meios de o cidadão comum conhecer os seus direitos linguísticos. Como um homem do meio rural, não tendo acesso ao conhecimento jurídico-contratual poderá, numa relação simétrica discutir, por exemplo, os termos de um contrato de empréstimo agrícola?

O Artigo 46 do CDC preconiza:

> Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A respeito desse dispositivo, argumenta Nelson Nery Júnior (2007. p. 554-555):

> Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento

> do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário. Não basta o emprego de termos comuns, a não utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário. É preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor. A avaliação da efetiva compreensão da cláusula do consumidor depende do caso concreto. Sendo o consumidor pessoa de nível universitário, normalmente terá maior facilidade de entendimento do conteúdo de determinada cláusula contratual do que o consumidor com instrução primária sem domínio razoável da língua portuguesa.

O desconhecimento da linguagem jurídica oportuniza uma fragilização do consumidor, que, sem o domínio da linguagem específica da relação jurídico-consumerista, fica à margem do contexto discursivo, encontrará dificuldades na interação e defesa e conhecimento de seus direitos. Nesse sentido, a linguagem jurídica bloqueia o acesso do cidadão à justiça e aos seus direitos. O consumidor, não interagindo com a linguagem jurídica, não compreenderá os efeitos da relação de consumo. Assim, a linguagem é uma forma de opressão ou sujeição, é o arame farpado mais poderoso para se garantir o poder. (*cf.* GNERRE. 1998. p.45).

Segundo, Maciel (*op. cit*. p. 49), no Canadá, há o centro terminológico nacional, atendendo a exigências da situação de organismo ligado ao governo central e à administração federal, mantém contato com os centros de pesquisa de jurislinguística. Essa medida governamental mostra uma preocupação com o acesso à Justiça a partir da linguagem. A jurislinguística estuda a linguagem do Direito sob seus diversos aspectos e diferentes manifestações. No fragmento abaixo, elucida-se uma relação da linguagem como forma de opressão e o desconhecimento da linguagem, haja vista à discrepância sociocultural dos interlocutores:

> Na palma da mão as notas estavam úmidas de suor. Desejava saber o tamanho da extorsão. Da última vez que fizera contas com o amo o prejuízo parecia menor. Alarmou-se. Ouvira falar em juros e em prazos. Isto lhe dera uma impressão bastante penosa: *sempre que os homens sabidos lhe diziam palavras difíceis, ele saía lograd*o.

> *Sobressaltava-se escutando-as.* Evidentemente só serviam para encobrir ladroeiras. Mas eram bonitas. *Às vezes decorava algumas e empregava-as fora de propósito. Depois esquecia-as. Para que um pobre da* laia dele usar conversa de gente rica? Sinhá Terta é que tinha uma ponta de língua terrível. Era: falava quase tão bem como as pessoas da cidade. Se ele soubesse falar como sinhá Terta, procuraria serviço noutra fazenda, haveria de arranjar-se. Não sabia. Nas horas de aperto dava para gaguejar, embaraçava-se como um menino, coçava os cotovelos, aperreado. Por isso esfolavam-no. Safados. Tomar as coisas de um infeliz que não tinha onde cair morto! Não viam que isso não estava certo? Que iam ganhar com semelhante procedimento? (RAMOS, Graciliano, 1985, p.95)

Percebe-se que, se o narrador falasse as "palavras difíceis", havia uma relação simétrica em termos de linguagem. Devido ao desconhecimento linguístico, nota-se que uma parte da relação empregatícia sentiu-se enganada.

3. O Código de Defesa do Consumidor no Brasil: Aspectos Histórico-Jurídicos

Com a evolução das relações de consumo no Brasil, tornou-se necessária elaboração de normas que estivessem em sintonia com uma sociedade de massas que surgiu no século XXI. Atendendo aos ditames da Constituição Federal de 1988 no Artigo 5º, XXXII: *O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor*, foi instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, ou simplesmente CDC.

Falar em mudanças político-econômico-sociais no Brasil, após a CF/1988, é sem dúvida, falar na redemocratização do país. Promulgada a Carta Magna, houve um fortalecimento nos anseios do povo, visando à regulamentação dos direitos sociais, pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no Artigo 1º, III da CF/1988. Surgiram várias leis assegurando os direitos individuais e coletivos previstos no texto constitucional, destacamos o CDC. A história da luta pela defesa dos direitos do consumidor se confunde com a da redemocratização do Brasil.

A promulgação do CDC, em 1990, trouxe inovações imprescindíveis no mercado de consumo. Nos anos 90 e na primeira década do século XXI, as relações de consumo mudaram substancialmente no Brasil.

3.2. O CDC no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A defesa do consumidor, mesmo de forma simplificada, sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro. O *Código Comercial* de 1840 já apresentava alguns dispositivos inerentes à proteção dos consumidores referentes à não prestação dos serviços contratados. O *Código Civil* de 1916 – Artigo 1245 determinava critérios de responsabilidade do fornecedor.

No cenário econômico brasileiro, a década de 1970 destaca-se como o marco na defesa do consumidor. Em 1976, em São Paulo, é criado o primeiro órgão público de proteção ao consumidor, o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, o PROCON. Nesse mesmo espaço temporal, promulgaram e implementaram-se normas destinadas à defesa do consumidor inerentes a alimentos, saúde e habitação. Em 1987, é fundado o IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor. Depois, a OAB/SP institui a Comissão de Defesa do Consumidor.

Na década de 1990, a defesa do consumidor torna-se realidade em todo o território nacional, uma vez que existiam órgãos protetores dos consumidores em alguns Estados da Federação. Em março de 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.078/1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor. O CDC foi o marco da evolução da defesa do consumidor, sendo, portanto, uma lei de ordem pública e de interesse social com inovações, inclusive no âmbito processual, pautado em um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/1988), implantou-se no Brasil uma Política Nacional das Relações de Consumo com vistas ao atendimento das necessidades dos consumidores que, acima de tudo, respeite a sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia das relações consumeristas. Criaram-se ainda meios para harmonização do sistema, a fim de que a relação de consumo seja fundamentada no princípio da boa-fé e transparência, conforme prescreve o Art. 4º do CDC.

Para Sergio Cavalieri (2014), o CDC foi a lei mais revolucionária dos últimos tempos, porque revolucionou o Direito contemporâneo, seja material ou processual. O CDC não surgiu de uma lei, mas sim de um direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

Entendemos que o texto constitucional elevou o consumidor à categoria de direitos fundamentais, ou seja, 3ª dimensão – direitos transindividuais, instituiu também o dever de o Estado implementar políticas públicas na defesa do direito desses sujeitos. Os consumidores deixaram de ser números, passaram a ser titulares de direitos constitucionais[2]. O CDC é um macrossistema, não mais um microssistema, como considerava a doutrina. Segundo Cavalieri, é uma sobrestrutura jurídica, porque regula todas as relações. É uma lei de vocação constitucional, destinada a efetivar, no plano infraconstitucional, os princípios constitucionais, especialmente o da isonomia substancial e da defesa dos vulneráveis.

4. A Vulnerabilidade no CDC: uma Inter-relação com a Isonomia e a Dignidade da Pessoa Humana

Para chegar à vulnerabilidade, princípio base do CDC, é necessário uma análise de dois princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia (*caput*. Artigo 5º).

[2] Essas considerações foram anotadas durante a palestra de Sergio Cavalieri Filho no XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Realização: BRASILCON – maio de 2014 – Gramado – RS.

O Inciso I, do Artigo 4º do CDC, preconiza que o consumidor é vulnerável. Para Rizatto Nunes, (2013, p. 194), Essa afirmação é uma primeira medida da isonomia.

Falar em igualdade do ponto de vista constitucional, embora pareça uma contradição, é imprescindível uma interpretação sistemática e adequada da fórmula aristotélica na *máxima da Justiça Equitativa: Dar tratamento igual aos iguais*, desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade. Rui Barbosa, reinterpretando, a definição de igualdade, no discurso intitulado *Oração aos Moços*, na condição de paraninfo dos formandos em Direito – turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, disse:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade… Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade a que o dispositivo constitucional se refere é a isonomia formal, isto é, a aplicação da lei de maneira igual para todos. A verdadeira isonomia não é tratar todos iguais, mas sim a isonomia material. A isonomia de verdade é tratar os iguais na sua igualdade e os desiguais na proporção de sua desigualdade. Privilegiar a parte mais vulnerável na relação é atingir a real desigualdade.

É exatamente da discriminação que nasce esse princípio. Entretanto, o termo discriminação, neste caso, não corresponde ao ato de segregação, exclusão social, mas sim de especificar, avaliar, haja vista os aspectos relevantes para a aplicação da justiça.

Considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas seria nada mais do que violar o princípio da isonomia na essência. Por exemplo, um agricultor, cidadão comum, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição bancária, pode, do ponto de vista jurídico, discutir as cláusulas contratuais de forma simétrica?

Estar-se-ia, dessa forma, infringindo a igualdade formal e desigualdade material, porque, naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual.

4.1. A Dignidade da Pessoa Humana

É preciso enfatizar, que a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, é o vetor para a identificação material dos direitos fundamentais. Essa dignidade somente será efetiva se for possível ao homem uma existência que propicie fruição plena de todos os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana *é um princípio construído pela história* que consagra um valor que visa ***à*** proteção do homem contra tudo que lhe possa reduzir à condição de ser humano.

O fato de ser pessoa humana já *é pressuposto de possuir* dignidade. Por isso, a dignidade é a fonte de onde emanam todos os demais princípios da vida humana. Sem dignidade, não falamos em direitos humanos, em direitos sociais e no próprio reconhecimento da pessoa humana, porque o ponto de apoio de todos os movimentos histórico-sociais foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ao legislador não compete interpretar direitos e garantias conferidas ao homem sem considerar a dignidade.

4.2. Vulnerabilidade: Chegando ao Ponto de Partida do CDC

A aplicação de uma lei protetiva só se justifica diante de uma relação de desiguais. Se em uma relação, houver alguém que detém a técnica, os fatos, os direitos e os termos; alguém que os desconhece, não importa a sua condição sócio-econômico-cultural, esse alguém está na condição de vulnerável, necessita, pois, do reconhecimento dessa condição no aspecto legal. Neste polo, encontra-se o consumidor. Segundo Rizzatto Nunes (*op.cit*. p. 194), "basta ser consumidor para ser vulnerável".

Ponderam Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins (2005, p. 45) que a vulnerabilidade não é um dado que necessita ser provado nas situações concretas.

É uma presunção legal adaptada àquele que se encontra na definição de consumidor. Não há, pois, gradações no tocante ao reconhecimento da vulnerabilidade. Devemos ressaltar que a vulnerabilidade é um traço inerente a todos consumidores sem distinção. Por isso, Rizzatto Nunes (2012) diz que a vulnerável *não se separa das relações de consumo, não admite, pois, prova em* contrário, uma vez que não se trata de mera presunção legal.

4.2.1. Espécies de Vulnerabilidade: Análise Doutrinária

Há divergências no tocante às espécies de vulnerabilidade presentes nas relações de consumo. A vulnerabilidade é concreta nas relações de consumo e decorrente de dois aspectos. Um de ordem técnica, outro de natureza econômica. A primeira se refere aos meios de produção, conhecimento da técnica e informação. O fornecedor centraliza a relação de produção e detém os aspectos técnico-estruturais do produto ou dos serviços postos no mercado. Está ligada ao fato do desconhecimento do consumidor referente ao produto/serviço que está adquirido. O fornecedor tem o poder de decidir, escolher o que, quando produzir e como produzir. Ao consumidor, a liberdade de escolha é mínima. Por isso, parodiou Rizzatto Nunes (2012): *Abusa quem pode; acata quem não tem alternativa*.

A segunda diz respeito à maior capacidade econômica que, em via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. A seguir, apresentamos um resumo acerca das espécies de vulnerabilidade.

Vulnerabilidade técnica: decorre do fato de o consumidor não ter conhecimento acerca do produto/serviço que está em circulação no mercado. Estando, dessa

forma, subordinada aos ditames da política do mercado. Relaciona-se esse tipo de vulnerabilidade à falta de ou inexatidão de informações que são prestadas ao consumidor. O fornecedor detém o monopólio do conhecimento e do controle dos mecanismos da cadeia produtiva, e o consumidor não tem como avaliar o produto/serviço que está comprando ou contratando.

Na vulnerabilidade técnica, o consumidor não detém o conhecimento técnico capaz de mensurar a qualidade, os meios empregados e o risco dos objetos da relação consumerista, sendo presumida, para grande parte da doutrina, em relação ao consumidor não profissional e ao profissional, desde que sua atividade não seja compatível com o bem ou com o serviço adquirido (*cf.* MARQUES. *op. cit.* p. 270).

Vulnerabilidade fática, também chamada de *socioeconômica*: configura-se pela divergência entre a maior capacidade socioeconômica dos fornecedores no controle de produção. Trata-se das relações de poder entre fornecedor e consumidor. O fornecedor prepondera economicamente no mercado. Devido a essa relação de poder, o fornecedor exerce superioridade, *às vezes***,** prejudicando o consumidor.

Vulnerabilidade jurídica: decorre do fato de o consumidor apresentar dificuldade no acesso à justiça para defender seus direitos, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. Poucas cidades brasileiras contam com Juizado de Defesa do Consumidor, PROCON, entre outros órgãos de defesa. A vulnerabilidade jurídica configura-se pelo fato de o consumidor desconhecer os termos jurídicos e da estrutura jurídica dos contratos. Paulo Valério (2009, p. 145) diz que essa vulnerabilidade decorre da falta de acesso à Justiça. Sergio Cavalieri Filho (*op.cit.*50) considera a vulnerabilidade jurídica associada à questão científica. Em síntese, dizemos que a vulnerabilidade jurídica ou científica se mostra quando o consumidor não possui um entendimento jurídico específico em determinada área do conhecimento.

Vulnerabilidade política ou legislativa: relaciona-se com a falta de organizações de consumidores, haja vista a escassez de associações ou órgãos que influenciem de maneira mais eficaz na implantação de políticas que controlem os abusos nas relações de consumo.

Vulnerabilidade psíquica ou biológica: corresponde aos estímulos empregados pelos fornecedores para persuadir o consumidor na aquisição do produto ou serviço. Destacamos os argumentos de Rizzatto Nunes (2011, 24-27). O doutrinador evidencia as questões referentes à publicidade com anúncios que enganam o consumidor. Uma forma bastante usada é o *chamariz*, uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto/serviço em si.

Vulnerabilidade econômica ou social: alguns doutrinadores, a exemplo de Cláudia Marques, incluem esta vulnerabilidade na fática. É decorrente da disparidade existente entre fornecedor e consumidor em que, aquele, haja vista a sua situação de detentor do poder socioeconômico, impõe a este determinadas condições desconhecidas na relação de consumo, por exemplo, as cláusulas de um contrato de adesão, a transação feita via *internet* imposta a um consumidor que sequer sabe ligar um computador.

Vulnerabilidade ambiental: decorre diretamente do consumo em massa da sociedade atual. O homem é parte do meio ambiente. Por isso, está sujeito a uma gama de alterações advindas pelo uso irracional dos recursos naturais de nosso planeta, resultando em prejuízos biológicos em ilimitados graus e ângulos.

Vulnerabilidade informacional: está ligada à pessoa do consumidor. O consumo atualmente *é mais visual,* rápido e de risco, necessita de informações transparentes.

Tanto a sociedade como o Direito devem se preocupar com essa vulnerabilidade, analisando e combatendo a vulnerabilidade informacional dos consumidores, sobretudo, daqueles que possuem uma baixa escolaridade e são fáceis de ser enganados pela tecnologia da informação.

Concluímos que a vulnerabilidade do consumidor se fundamenta, em linhas gerais, nos planos técnico e econômico, permeada também pelo jurídico-linguístico, uma vez que, para o cidadão comum, desconhecendo a terminologia jurídica, a justiça se torna inacessível, e, por via oblíqua, a luta pela defesa de seus direitos. "Uma linguagem de difícil compreensão coloca o cidadão comum numa posição de desconhecimento frente a situações que dizem respeito ao seu cotidiano na medida em que o Direito é basicamente a regulamentação de situações fáticas". (PIRES, 2010. p. 26-27).

Com esses argumentos, defendemos na doutrina a inclusão de outra espécie de vulnerabilidade do consumidor diante das relações de consumo a vulnerabilidade. Linguística.

Vulnerabilidade linguística: (o cerne da pesquisa) De um lado, o consumidor enfrenta o problema técnico-científico do produto/serviço posto no mercado; do outro, o problema da linguagem. A linguagem jurídica tem suas peculiares como toda e qualquer ciência. Essas especificidades, muitas vezes, tornam-se um obstáculo ao cidadão comum, como foi narrado a postura do Advogado na audiência, ao usar palavras difíceis e termos técnicos para com um cliente que nada entendia.

Um dado que merece ser analisado foi a Campanha pela Simplificação da Linguagem jurídica, pois reconhecer a necessidade de simplificação da linguagem jurídica é um passo imprescindível para a real democratização e pluralização da Justiça. Não pode negar que a prestação jurisdicional deve se dar por um processo mediante uma linguagem clara, sem dá azo à ambiguidade na interpretação, porque, não se valoriza o que não se entende.

Reconhecer que o consumidor, além de outras vulnerabilidades ou decorrente delas, tem a vulnerabilidade linguística é o passo inicial para empreender a construção de uma sociedade pautada na dignidade humana, uma vez que, na lide, geralmente existe uma parte leiga na matéria jurídica. Essa vulnerabilidade não é marcada apenas pelos termos técnicos que compõe um contrato ou as informações acerca de um produto, mas também pelo desconhecimento do cidadão dos termos específicos do léxico jurídico.

Nesse contexto, percebe-se que o conhecimento da linguagem nas relações jurídicas de consumo, considerando os desafios da contemporaneidade do Direito em

uma sociedade marcada pela Informação ou desinformação apresenta uma relevância, por exemplo, em um determinado contrato de crédito, o consumidor desconhece tanto os termos técnicos da redação contratual como também a terminologia dos termos inerentes ao serviço/produto, como se pode dizer que a parte vulnerável linguisticamente teve acessos aos princípios contratuais?

Não estamos querendo reduzir uma audiência ou uma peça jurídica a um discurso vulgar, permeado de gírias ou calão. Ao contrário, estamos defendendo uma linguagem acessível ao cidadão comum para que, em situações concretas, seu direito não se torne abstrato e o acesso à Justiça dê-se, partindo do reconhecimento das especificidades linguística que cada cidadão apresenta.

5. Considerações Finais

O cidadão comum almeja entender de forma objetiva o significado das decisões judiciais e as interferências desse significado na vida diária. Recorrer à justiça como meio de solucionar problemas e dirimir conflitos nem sempre é fácil. O cidadão apresenta argumentos que fundamentam sua tese, mas encontra óbices na defesa de seus direitos. Esses obstáculos ocorrem devido ao desconhecimento de especificidades linguísticas do Direito inerentes ao processo judicial.

O Direito é uma linguagem que precisa estar a serviço do homem em toda sua existência. Por isso, a linguagem precisa ser clara e objetiva para que esteja ao alcance de todos de forma simples. Sendo assim, estaremos fazendo uma justiça equânime, democrática, plural e acessível a todos.

O acesso à Justiça deve, em primeiro plano, acontecer pela linguagem e compreensão da situação que está sendo tratada. Isso ocorrerá quando houver a interação entre os interlocutores dada pela linguagem. Nas palavras de Marcio Maturana, "Uma linguagem rebuscada e inacessível viola os princípios constitucionais do acesso à Justiça e da publicidade. É um exercício de poder, uma violência simbólica para mostrar erudição e autoridade."

Por a finalidade de o Direito ser garantir a justiça e a segurança, é importante que o Operador do Direito procure encontrar um equilíbrio entre a justiça e a segurança a partir da linguagem, para viver em um mundo justo e uma sociedade eficiente realmente fraterna.

Em algumas relações jurídicas, o consumidor apresenta uma vulnerabilidade linguística, uma linguagem incompreensível que coloca o cidadão comum em uma relação de desigualdade em determinadas situações fáticas em que se discute o bem da vida. A justificativa de aplicação de leis protetivas e de ordem pública está na gênese de uma relação de consumo, em que há desiguais, reconhecemos a vulnerabilidade como a base da filosofia e de todos os dispositivos constantes do CDC.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. Acredita-se, portanto, que os

ditames de uma sociedade fraterna iniciam-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir no processo social, expressando o seu pensamento.

O acesso à justiça vai além de seu sentido literal, semanticamente corresponde também o direito a um devido processo, assegurado pelo dispositivo constitucional. O processo deve ser permeado de garantias processuais, considerando a equidade, a duração razoável e produza uma decisão justa. Além dessas características, também compreensível do ponto de vista linguístico.

A análise da problemática da pesquisa alicerçada nos questionamentos: há uma vulnerabilidade linguística nas relações de consumo? A linguagem jurídica nas relações processuais está ao alcance da parte vulnerável? Considerando os aspectos jurídicos presenciados em algumas audiências de Juizado de Defesa do Consumidor responderam de forma clara e precisa a esses questionamentos.

É imprescindível falar em vulnerabilidade linguística nas relações de consumo e também processual, sobretudo, quando o CDC, adota como princípio o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a doutrina aponta diversas vulnerabilidades. É necessário que o ordenamento jurídico faça uma análise da vulnerabilidade à ótica da sociedade de informação e desinformação, tendo em vista os impactos do mundo consumerista para o estudo dos desafios contemporâneos, diante da complexidade, da diversidade.

A linguagem jurídica deve cumprir seu papel, como ferramenta de trabalho do profissional de Direito e como uma das funções inerentes à jurisdição do Estado, ou seja, dizer o Direito. Por isso, defende-se uma linguagem acessível, clara, permeada de informações, não silenciando interesses próprios. Como instrumento de trabalho do Profissional do Direito, deve garantir o acesso à Justiça, com um discurso acessível àqueles que, por condições de própria vida, não tiveram acesso à educação formal.

Como o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que, na *Carta Magna* de 1988, consagrou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como uns dos seus fundamentos e como objetivos da República Federativa do Brasil: *construir uma sociedade livre, justa e solidária* e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, precisa-se, sobretudo, respeitar o outro num processo mútuo para que, reconhecendo as peculiaridades do indivíduo, eliminem-se os preconceitos existentes na sociedade. O acesso à justiça dar-se-á quando em que o respeito às diferenças culturais e econômicas, sociopolítica pode conduzir à democracia linguística.

Referências Bibliográficas

Linguística

GNERRE, Maurizio. *Linguagem, Escrita e Poder.* São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KOCH, Ingedore Villaça. *A Inter-ação pela Linguagem*. 12ª ed. São Paulo: Contexto, 2010.

MACIEL, Anna Maria Becker. A terminologia canadense na visão de uma pesquisadora brasileira. *In:* LIMA, M. dos Santos. *Terminologia e ensino de segunda língua:* Canadá e Brasil. Porto Alegre: NEC/UFRGS/ ABECAN, 2001, p. 45-53.

PIRES, Mozart Valadares. Simplificação da linguagem jurídica: questão técnica ou imperativo ético? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, vol. 14, nº 332, p. 26-27, 15 nov. 2010.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto:* Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito. São Paulo: Editora Manole. 2008.

Normas jurídicas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Saraiva. 2013.

Doutrina

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *Vulnerabilidade Linguística nas relações de consumo.* Tese apresentada e defendida no XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/IV Seminário Internacional de Direito Do Consumidor Direito do Consumidor, promovido pelo BRASILCON, Gramado – RS,12 a 15 de maio de 2014.

ARRUDA, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marin. *Código do Consumidor Comentado.* São Paulo: Editora RT, 2005.

BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços.* São Paulo: Martin Claret. 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman.; V. MARQUES, Cláudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, 2010.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça:* juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASEMIRO, Luciana.; SAMPAIO, Nadja. *Linha do tempo da Defesa do Consumidor.* Disponível em: http:<oglobo.globo.com/infograficos/defesa-do-consumidor/linha-do-tempo>. Acesso em: 01 dez. 2013.

FILHO CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO CAVALIERI, Sérgio. O Consumidor na atualidade. *In: XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/ IV Seminário Internacional de Direito do Consumidor.* Gramado – RS. 12 a 15 de maio de 2014.

MARQUES. Cláudia Lima.; BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:* Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 2012.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor:* o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *et al. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 554-555.

NUNES, Rizzatto. *Abusa quem pode;* acata quem não tem alternativa. Disponível em: http:<www.migalhas.com.br. abcdocdc. 17/05/2012>. Acesso em: 30 nov. 2013.

PISKE, Oriana. *Simplificação da linguagem jurídica*. Disponível em: http:<www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 02 out. de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In: Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, vol. 37.

Ação, Tipicidade e Ilicitude em Direito Penal

Tiago de Lima Santos Reid*

Sumário

1. O Ponto de Partida. 2. A Importância da "Ação" para o Direito Penal. 2.1. As Funções Desempenhadas pelo Conceito de "Ação". 2.2. O Conceito Social de Ação. 2.3. O Conceito Finalista de Ação. 2.4. O Conceito Negativo de Ação. 2.5. O Conceito Pessoal de Ação. 2.6. Os Horizontes da Ação. 2.7. A Ação como um Problema de Imputação ao Tipo Objetivo. 2.8. Possíveis Críticas. 3. Tomada de Posição: a Ação como Referencial Material de Interpretação Típica. 3.1. A Questão da Ilicitude. 3.2. Introduzindo o Problema: Questionamentos de Aula. 3.3. Resposta: a (I)Licitude Tipificada. 3.3.1. Os Tipos Penais Incriminadores. 3.3.2. Os Tipos Permissivos (Tipos de Justo). 3.3.3. Síntese. 4. Ponto de Chegada. Referências.

Resumo

Durante muitos anos, a doutrina penal debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que suas funções (classificação, delimitação e ligação) pudessem construir uma estrutura sólida para as valorações jurídico-penais subsequentes. Contudo, em posição diametralmente oposta, o presente estudo pretende redimensionar o conceito e a função da ação penal, inserindo-a como um problema de imputação ao tipo objetivo. Nesse sistema, apesar de ceder primazia ao tipo objetivo, o estudo sobre a ação penal não é simplesmente abandonado, porém realocado como um modelo de interpretação material da tipicidade. Assim, como o título deixa entrever, o artigo procura desvendar a estreita e conturbada relação entre os conceitos de "tipicidade", "ação" e "ilicitude".

Resumen

Durante muchos años, la doctrina penal há luchado para encontrar un concepto adecuado de la acción, argumentando que sus funciones (clasificación, de límite y de unión) podrían construir un marco sólido para las valoraciones judico-penales posteriores. Sin embargo, diametralmente opuesto, este estudio pretende redimensionar el concepto y la función de la acción penal, insertandola como un problema de imputación tipica. En este sistema, a pesar de dar prioridad al tipo objetivo, el estudio de la acción penal no está

* Professor de Direito Penal do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense. Palestrante do curso de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense; Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos; Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

abandonado, pero cambia como un modelo de material interpretación de la tipicidad. Por lo tanto, como el título insinúa, este artículo trata de descubrir la difícil y estrecha relación entre los conceptos de "tipicidad", "acción" y "antijuridicidad".

Palavras-Chave: Ação. Tipicidade. Ilicitude.

Palabras clave: Accion. Tipicidad. Antijuridicidad.

1. O Ponto de Partida

Costuma-se dizer que a dúvida é o princípio da sabedoria. Embora correta, não se pode esquecer que essa filosofia apenas satisfaz quando compreendida em seu caráter metafórico: o princípio. Certamente, toda explicação possui uma boa pergunta como plano de fundo. Todavia, as perguntas não conseguem ir além do início, do ponto de partida. Posteriormente, as indagações devem ceder espaço às reflexões e às ponderações, ponto de chegada das teorias.

Caminhando por essa trilha de reflexões e indagações, comecei a questionar sobre a função do injusto[1] para o sistema penal. Isso porque a ideia de uma "ação final"[2] e de um tipo penal como *ratio cognoscendi*, concepções finalistas, majoritárias no direito penal brasileiro[3], despertaram diversos questionamentos: será que o legislador teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Isto é, será que o legislador, ao elaborar o tipo penal de homicídio, pensava naquele que mata outrem em legítima defesa ou naquele que mata, por exemplo, por maldade? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um fato típico, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua ilicitude?

A seguir encontra-se o ponto de chegada das minhas indagações e reflexões.

2. A Importância da "Ação" para o Direito Penal

Quando se fala na superação dos modelos de organização das categorias analíticas do crime, o primeiro ponto a ser enfrentado é aquele referente ao conceito de ação. Isso porque, ainda que partindo de diferentes premissas, a doutrina anunciou que

---

[1] "O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal (...). O primeiro nível valor ativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento" ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Renovar: Rio de Janeiro. Tradução de Luís Greco, 2006, p. 68.

[2] Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas? Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel.* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>, p. 14/16.

[3] Por todos: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Impetus: Niterói, vol 1, 2007, 8ª ed, p. 145 e ss; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.* Saraiva: São Paulo, vol. 1, 2012, 16ª ed, p. 135 e ss; JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal.* Saraiva: São Paulo, vol.1, 1998, 21ª ed., nota do autor; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral.* Jose Bushatsky: São Paulo, 1977, 2ª ed, p. 167.

a organização analítica do crime deveria "começar por comprovar a correspondência de uma ação a um tipo, para só depois eventualmente negar sua ilicitude se no caso intervier uma causa de justificação"[4]. Tanto foi assim que, em determinado período, a busca por um conceito adequado de ação acabou condicionando os próprios rumos e o "desenvolvimento da metodologia jurídico-penal do século XX"[5].

Logo, "uma discussão da doutrina do facto punível não pode ainda hoje furtar-se por inteiro aos ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas, como se viu, à roda do conceito de acção"[6].

2.1. As Funções Desempenhadas pelo Conceito de "Ação"

Para ser proveitoso, o conceito de ação não pode ser construído a partir de meras ideologias, mas deve ser analisado com maior densidade teórica. Segundo a corrente majoritária[7], exposta segundo a claríssima sistematização de Hans Heinrich Jescheck[8], para que se possa falar em um "conceito geral de ação", válido como base autônoma da teoria do delito, deve-se conseguir enxergar a presença de três funções: uma de sistematização (ou classificação), outra de definição (também chamada de ligação) e uma de delimitação.

A função de sistematização[9] exige que o conceito de ação seja capaz de abarcar todas as eventuais formas de aparição da figura típica, reunindo-as a determinado elo comum: do dolo à negligência; da comissão à omissão. Consoante à chamada

---

[4] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais: a doutrina geral do crime.* Parte geral, tomo I. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed., 2007, p. 265.

[5] LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon id=141>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

[6] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais. Op. cit.*, p. 251.

[7] Não é objeto do presente trabalho tecer comentários sobre a utilidade/necessidade dos requisitos atribuídos pela literatura para qualificar um conceito como "geral de ação". Na realidade, o propósito do presente artigo é anunciar uma nova forma de classificação analítica do crime, que, por seu método, dispensa tal discussão. Confira-se, sobre o tema, um panorama crítico em: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª ed., 2010. Também nesse espírito crítico, veja-se: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 55, nota de rodapé; D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime.* Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015; D'AVILA, Fábio Roberto. *A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime.* Revista de Estudos Criminais, ano XII, nº 54, 2014; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.,* p. 259.

[8] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.,* p. 251.

[9] Esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Aliás, frise-se que tais requisitos sequer são unânimes na literatura. O conceito de classificação, por exemplo, sempre foi um entrave para a dogmática que busca conceituar a ação. Isso porque, *data maxima venia*, nenhum dos conceitos de ação conhecidos satisfez plenamente essa exigência. Assim, muitas teorias acabaram retornando às ideias de Radbruch, para quem o sistema da ação deveria ser dividido conforme sua manifestação: "a ação seria, pois, dividida nos conceitos autônomos de ação e omissão, o que, por conseguinte, implicaria a idêntica duplicação de todos os demais conceitos. Eles passariam, por isso, a ser analisados sempre em uma relação de duplicidade, como predicados da ação ou predicados da omissão" (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime.* Disponível em: <http://sisnet. aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015, p. 25).

função de definição[10], o conceito deve complementar as valorações da tipicidade, ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade sem, porém, antecipar o significado material que anima cada uma delas. O conceito deve, por derradeiro, cumprir uma função de delimitação[11], permitindo que seja possível determinar, desde logo, quais comportamentos não estão inseridos na valoração criminal.

Confira-se, então, a partir desses requisitos traçados pela doutrina majoritária, uma análise crítica dos mais comentados conceitos de ação[12].

2.2. O Conceito Social de Ação

O chamado conceito social de ação possui raízes que remontam a um período anterior ao próprio finalismo. Historicamente, pode-se encontrar registros de sua aceitação no pensamento de Schmidt, para quem "la acción no nos ineresa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciências naturales, sino como fenómeno social em la 'direción de sus efectos hacia la realidade social'"[13]

---

[10] Como dito, esses requisitos apenas foram levantados como ponto de argumentação para, posteriormente, serem rejeitados. Com razão, Figueiredo Dias alerta que: "as exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de acção parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de acção deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a 'função de definição e ligação', arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser conexionadas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 251/252.

[11] Visando escapar dos problemas relacionados aos conceitos de "classificação" e "ligação", muitos autores brasileiros abdicaram de enfrentar o tema e passaram a utilizar a ação unicamente como "delimitação" da matéria proibitiva, isto é, para delimitar aquilo que "não era uma ação". Entretanto, deve-se ter em mente que "atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, 'resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado" (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* 140). Sobre esse ponto, aliás, veja-se que "não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites". (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.,* p. 259). Ademais, "para se aplicar o critério da exclusão da ação, é preciso analisar a responsabilidade jurídico-penal do fato na sua inteireza, vale dizer, é preciso ingressar no âmbito da tipicidade e considerar os fatos a partir dos respectivos critérios de imputação. E se isso é assim não faz sentido algum, após a conclusão da análise jurídico-penal, retornar à fase da ação para excluí-la. Muito pelo contrário. Tal regressão é impossível. Dado o método escalonado, só há a verificação da tipicidade se houver ação. Logo, impossível chegar à tipicidade, sem o reconhecimento prévio da existência de uma ação" (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* 138).

[12] Atento aos estreitos propósitos do artigo, não serão analisados os conceitos clássicos de ação, pois "perante esta multiplicidade de funções, que importa cumprir simultaneamente, um conceito puro causal-naturalista de acção está desde logo fora de questão e dele se pode afirmar já não ser hoje defendido por ninguém. E o mesmo se dirá, ainda com maior razão, de um conceito puramente normativo, que logo à partida revela não cumprir minimamente a função de ligação, na medida em que pré-determina de forma absoluta a tipicidade" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 252.

[13] ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos. La estrutura de la Teoría del Delito.* Traducción y notas de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diáz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Thompson Reuters: España, § 8, 26, p. 244.

ou, consoante a doutrina de Engisch, "la produción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes"[14].

Contudo, esse conceito apenas desenvolveu-se, tornando-se comentado, com o questionamento do finalismo[15], graças aos estudos e aprofundamentos de Hans Heinrich Jescheck, para quem ação é toda conduta socialmente relevante[16].

Buscando o sentido social das condutas, o conceito social de ação possui íntima ligação com a concepção material de crime, apresentando-se, inicialmente, como uma boa alternativa à concepção puramente mecanicista ou ontológica da ação, característica dos sistemas que pretendeu substituir. Essa aproximação do social com o delito material fica ainda mais visível quando recordado que o direito penal "não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor"[17], remontando, aparentemente, a um proveitoso sistema pré-jurídico.

Todavia, o que inicialmente aparece como benefício[18]/[19], acaba convertendo-se em seu maior problema. Devassando os seus fundamentos, observa-se que o conceito social de ação não consegue cumprir a função de ligação e a função de delimitação.

A questão pode ser exemplificada pelo crime omissivo: embora a ação social parta de um sistema extrajurídico, onde certamente a omissão possui um sentido próprio, a característica mais expressiva da omissão é justamente a violação de um dever imposto pela norma, ou seja, a omissão penalmente relevante não é a simples abstenção de um comportamento, mas é, necessariamente, não fazer aquilo que deveria ter sido feito, notadamente a expectativa de ação imposta pelo legislador através de um tipo penal mandamental. Sendo assim, para ter validade dogmática, o conceito social deveria ser complementado da seguinte maneira: a omissão socialmente relevante é aquela que se reporta a uma expectativa de ação instituída através de um tipo mandamental (norma imperativa de ação). Contudo, nessa medida, o conceito social acabaria violando a função de ligação, já que anteciparia a própria tipicidade[20]/[21].

---

[14] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.
[15] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.
[16] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 26, p. 244.
[17] SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal.* São Paulo: Direito, 2001, p. 33.
[18] *"Las ventajas de um concepto así saltan a la vista: se nos oferece como elemento base, va que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y enquanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natual y que el final de acción, ya que las valoraciones juridicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente em cada caso que a los 'movimientos musculares' o a la finalidade, inexistente em las omisiones e irrelevante em los hechos imprudentes"* ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 27, p. 245.
[19] Ressaltando seus méritos, Fábio D'ávila sustenta que "as vantagens de um conceito de ação de natureza normativa, principalmente no que tange à função classificatória, são evidentes. Ação e omissão, nos limites do mundo do ser, são insuscetíveis de serem reduzidas a um conceito único, mas não o são em uma dimensão valorativa" D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, ano XII, nº 54, 2014, p. 26.
[20] "Mas assim como ao conceito final de acção se deve opor que deixa fora da acção negligente, um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da ilicitude (o resultado), também o conceito social de acção que aspire, como deve, a uma autonomia pré-jurídica, deixará fora da omissão o elemento que verdadeiramente 'constitui' o ilícito-típico do crime omissivo: a acção positiva omitida e juridicamente imposta, devida ou esperada" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, Op. cit.*, p. 256.
[21] Caminhando por outra via de questionamentos, Roxin lembra que *"apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están em relación de tal dependencia*

Visto por outra perspectiva:

> Se, para ser conforme com a sua função de ligação, o conceito social de acção não deve antecipar o essencial relativamente ao tipo e aos seus critérios de imputação, então ao nível da acção geral só pode revelar como critério de imputação do resultado à conduta a doutrina das condições equivalentes. Uma tal doutrina porém, que visse p. ex. uma ação social no acto de geração de alguém que mais tarde vem a matar outra pessoa, seria imprestável por estranha a realidade da vida e deve, como tal, ser recusada. Constrapor-se-á que também ao nível da acção geral se devem fazer logo intervir critérios mais apertados de imputação. Todos esses critérios, porém, só podem vir do âmbito e do fim de proteção da norma incriminadora e, assim da ordenação jurídico-penal dos tipos, não de qualquer ordenação extra-jurídica, mesmo que esta seja a ordenação social[22].

Noutro prisma, verifica-se que o conceito social de ação também acaba violando a função de delimitação. Com exceção dos pensamentos, que carecem de sentido social, "*actos de personas jurídicas, efectos de la vis absoluta, movimentos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante*"[23]. Logo, os defensores desse conceito social se veem obrigados a lançar mão de critérios como "*voluntariedade, dominabilidad o semejantes, y a exponerse aí a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a la desplazar la función delimitadora a um elemento situado al margen de lo social*"[24], inserindo elementos delimitadores que nada tem a ver com o critério de socialmente relevante.

Com isso, conclui-se que "*la relevância social es uma cuialidad que uma acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social*" [25]. Fracassando, pois, nas funções de ligação e delimitação, o conceito social de ação não pode se apresentar como base segura para as demais predicações jurídicas.

2.3. O Conceito Finalista de Ação[26]

Em relação ao conceito finalista de ação, uma dificuldade constantemente apontada reside no cumprimento da função de classificação diante da dificuldade

---

recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a uma valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, se ala valoración jurídica la que determina la valoración social" ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

[22] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*, *op. cit.*, p. 256.

[23] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

[24] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 29, p. 246.

[25] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 31, p. 247.

[26] Abordei o sistema finalista em outro artigo, para o qual remeto os interessados: REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santosreid>, p. 14/16.

em estabelecer o denominador comum entre o crime comissivo e o crime omissivo; entre o crime doloso e o crime culposo.

Embora não tenha negado o "atuar finalista nos crimes culposos", Welzel acabou valendo-se de uma argumentação distinta daquela pensada e escrita para os crimes dolosos[27]: sua proposta consistiria em idealizar um "homem inteligente e prudente na situação do autor"[28] como forma de verificar a quebra do dever de cuidado.

Se de um lado a referência a um ideal termo "médio de comportamento" é um método utilizado até os dias atuais pela doutrina pós-finalista[29], de outro, é sensivelmente discrepante daquela explicação ontológica dos crimes dolosos, que deveria ser uma referência obrigatória[30]/[31].

Da análise dos crimes omissivos também se pode observar graves problemas estruturais quando o finalismo não partiu da mesma premissa utilizada na comissão para explicá-lo.

Obviamente, em alguns casos, o controle final poderia explicar alguns problemas de imputação dos crimes omissivos, como no exemplo do agente que, controlando a causalidade, mantém-se inerte para alcançar determinado resultado. Contudo, explicações pontuais não resolvem problemas centrais, que continuam existindo nas demais situações da omissão. Ocorre que, para as demais hipóteses, muitos finalistas procuram afastar a responsabilidade penal a partir do dever jurídico de agir[32], fazendo com que a fundamentação da irresponsabilidade afaste-se daquele controle finalístico do curso causal, que também deveria ser uma referência obrigatória.

Aliás, valendo-se do nexo de causalidade para responder tal questionamento, os finalistas acabam predeterminando aquilo que deveria ser uma predicação posterior, ou seja, para explicar a irresponsabilidade no comportamento omissivo,

---

[27] Veja-se a diferença em: WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal. Op. cit.*, p. 31 e p. 98.

[28] WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal. Op. cit.*, p. 98.

[29] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal, parte geral*. Elsevier: São Paulo, 2012, p. 196.

[30] Em sentido contrário, aduzindo que o finalismo é absolutamente coerente com a imprudência, Hirsch defende que: "*Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación*" HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la critica al finalismo. Op. cit.*, p. 17.

[31] Rebatendo a crítica sobre o fracasso no conceito de classificação, Hirsch assevera que: "*Ya fue advertido el malentendido según el cual el concepto de acción se referiría a un concepto universal de comportamiento. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta direc ción, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo. Con él, em la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas*" HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la critica al finalismo. Op. cit.*, p. 17.

[32] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Op. cit.*, p. 164.

recorrem ao nexo de causalidade, violando, nessa medida, a função de ligação que o conceito de ação deveria possuir[33].

Assim, mesmo que não haja dúvidas que o finalismo "abrange os crimes dolosos de ação, já terá de deixar de fora os crimes de omissão e não possui em último termo conteúdo material bastante para que uma parte dos crimes negligentes possa ser conexionado com ele"[34].

Por derradeiro, verifica-se um grave problema quanto à função de definição nos tipos comissivos dolosos. A questão pode variar por dois caminhos: mantida a identidade entre o tipo e o dolo, a ação final violaria a função de ligação, pois o dolo iria referir-se ao tipo, não abrindo espaço para qualquer complementação posterior. Sob outro prisma, operada a separação entre dolo e tipo, bastaria que o agente "tenha querido alguma coisa, que tenha supradeterminado finalisticamente qualquer processo causal, sem que releve para as posteriores valorações sistemáticas o conteúdo da vontade"[35].

Com efeito, devassando as suas premissas, percebe-se que "por uma ou outra forma, o conceito final de acção não pode arvorar-se em conceito geral de ação"[36/37].

2.4. O Conceito Negativo de Ação

Recentemente, alguns doutrinadores passaram a defender um novo modelo referencial de interpretação da ação, que ficou conhecido como "conceito negativo de ação"[38], segundo qual a ação consistiria em não evitar uma lesão a determinado bem jurídico[39].

Visando delimitar essa ideia de "não evitar uma lesão" e, dessa forma, não cair na infrutífera e errônea equivalência dos antecedentes causais[40] (já que com a ideia de evitabilidade poder-se-ia parar no conhecido episódio de Adão e Eva), os

---

[33] Em defesa do finalismo posiciona-se Hirsch, para quem "*Es correcto que uma acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano. Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de uma diferencia como la que media entre «a» y «no a». Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto"* HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la critica al finalismo. Op. cit.*, p. 18.

[34] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 255.

[35] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 254.

[36] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 255.

[37] Vale registrar que negar a qualidade de um conceito geral de ação não significa negar a eventual existência de uma finalidade no atuar humano, que pode, sim, existir em determinadas hipóteses. O principal problema reside em verificar se o conceito final de ação, tal como proposto por Hans Welzel, cumpre às exigências dogmáticas para ser considerado como um conceito geral de ação.

[38] "*El punto de vista decisivo de todas estas teorias se denomina 'principio de evitabilidad', cuya primera formulación válida se ncuentra em Kahrs. La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante. Com ello se refiere a que tanto el autor de uma comisión y la omisión, exatamente igual ambos, no evitan 'algo*" ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

[39] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

[40] Até porque, segundo Roxin, "*teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo em cualesquiera cursos causales*" ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.

defensores dessa concepção exigem uma "*posición de garante, em el sentido de uma 'responsabilidade especial' del autor limitada a determinados grupos de personas*"[41]:

> *Dicha cualida es reconnocia de modo general em la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero según la concepción de Herzberg, y em contra de la opinión casi unánime, se da asimismo em los delitos comisivos, en cuanto que 'em el movimento corporal delictivo se actualiza como foco potencial de peligro' y de esse modo se hace responsable de la evitación del resultado*[42].

Contudo, esse é um conceito igualmente nebuloso, porque compartilha diversos defeitos das teorias que pretendeu superar. Como frisado, os mandamentos e restrições penais são normativos, isto é, derivam de uma exigência típica, de uma posição instituída pela própria legislação. Dessa maneira, parece irrefutável rebater que a ideia de ação negativa culmina na violação ao elemento de ligação:

> *En primer lugar, porque se trata de um concepto de acción que incluye el tipo y por tanto restringido al Derecho penal. Asi pues, lo que oferece el concepto nede acción es más bien uma caracterización del actuar típico; ya el concepto de la no evitación sólo tiene sentido se si presupone um deber de evitar, que em Derecho penal se deriva del tipo.*[43]

Por demais, nos termos lançados, a ideia de evitabilidade parece apenas abranger "os chamados 'crimes de resultado', não cumprindo assim, já por aqui, a função de classificação"[44]. Diz-se isso porque o conceito de evitabilidade parece deixar entrever uma lesão naturalística ao bem jurídico, o que não é verdade, já que desnecessária nos crimes formais e impossíveis nos crimes de mera conduta. É por isso que o Professor Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a ideia de evitabilidade possui maior afinidade "com a doutrina da imputação objetiva e, por conseguinte, com problemas do tipo, não com a acção como tal"[45].

Por último:

> *El concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. Em primer lugar, el contracontror omitivo frente a las tendências destructivas de la propia psique comienza em la esfera*

[41] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 247, 32.
[42] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 248, 32.
[43] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 249, 35.
[44] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.
[45] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 257.

> *exclusivamente intraanimicam incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así em el terreno de la pura cogitatio. Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntariedade son 'inevitables', también son 'inevitables' los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente em el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culdpabilidad o los hechos de um enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción.*[46]

Portanto, pode-se sustentar que tal conceito de ação não pode se apresentar como um conceito geral de ação, válido como base para as ulteriores predicações.

2.5. O Conceito Pessoal de Ação

Desde a derrocada do finalismo, com o reconhecimento necessidade de referenciais normativos aos dados empíricos, a teoria da ação perdeu gradativamente seu status para a teoria do delito.

Essa falta de interesse teve seu estopim quando o funcionalismo passou a questionar se, na prática, poderia ser vantajoso o conceito jurídico-penal de ação para solucionar problemas concretos do Direito Penal.

A partir desses questionamentos, introduzidos na dogmática pelo próprio Roxin[47], a doutrina perdeu gradativamente o interesse em desvendar a ação penal, pois não vislumbrou sua importância para resolver reais entraves dogmáticos:

> Nas últimas décadas o conceito de ação desceu do pedestal que ocupou, durante a maior parte do século XX, nos estudos da Ciência do Direito Penal. Esta degradação do conceito de ação tem causa com o surgimento das teorias funcionalistas penais e com a consolidação de um pensamento crítico de rejeição à teoria finalista da ação[48].

Entretanto, contrariando o questionamento que introduziu[49], Roxin não abriu mão de conceituar ação. Em sua visão, a incapacidade de oferecer respostas satisfatórias

---

[46] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. *Op. cit.*, p. 250, 38.
[47] ROXIN, Claus *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 99.
[48] LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon _id=141>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.
[49] "Em escrito publicado em 1962, sustentava o autor – na linha do que se tem defendido aqui – que nenhuma teoria da ação poderia constituir a base do sistema penal, acrescentando que 'não se pode solucionar nenhum problema jurídico com conceitos que são prévios aos conteúdos de sentido jurídico'. Após esse primeiro momento de ceticismo, todavia, o autor revê o seu posicionamento e passa a empreender esforços em sentido diametralmente oposto, propondo uma nova teoria da ação, por ele denominada de conceito pessoal" D'AVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* 158.

e significativas à teoria analítica do delito não implica em negar um conceito de ação que precede ao tipo[50], eis que, ainda que o estudo tivesse início no tipo, a ação estaria descrita no tipo, revelando um interesse em conhecer "o que é a ação":

> *No se puede dejar sencillamente de lado la cuestióin de la acción. Em efecto, incluso aunque se comience la estrutura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de imediato la cuestión de qué es esa "acción" o la "conducta", a la que se atribuye la calificación de "típica". Además, tiene que haber um substrato común al que se puedan vincular las valoraciones juridicopenales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absolta, etc., entonces los hechos que parécen idóneos para uma posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten em "acciones"; y no esnada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)*[51].

Partindo dessa premissa e, então, procurando cumprir os requisitos do conceito geral de ação, Roxin propõe que a ação seria a manifestação da personalidade, ou seja, aquilo que se pode atribuir a um ser humano "como centro de acção anímico-espiritual"[52]:

> *Um concepto de acción ajustado a su función se produce se si entende la acción como "manifestación de la prsonalidad", lo que significa lo siguiente: em primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta em caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre, o "del ámbito material, vital y animal de ser", sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.* [53]

---

[50] *"Las graves objecciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hhay que abandonar la ideia de um concepto de acción pretípico y com validez general, y que em su lugar, como ya tenía em mente Radbruch, hay que erigir la tipicidade em concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necessidade de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden dedicir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al miesmo; pues realmente, injusto y culpabilidade son com mucho las categorías dogmáticas más importantes*. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

[51] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

[52] ROXIN, Claus *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais*. *Op. cit.*, p. 257.

[53] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 42, p. 252.

Nesse conceito, dois elementos sobressaem: a voluntariedade e a expressão do pensamento. Não há ação sem a presença de algum desses elementos: "por exemplo, o indivíduo que tem vontade de assassinar o prefeito de sua cidade e não a externaliza, não pratica qualquer ação, do mesmo modo que a pessoa que, em um surto convulsivo, quebra os copos de vidro de uma loja"[54].

Defendendo o cumprimento das funções, Roxin entende que:

> *Em primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidd es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo que em campo prejuridico tiene sentido calificar como "acciones". La acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contrária a la proibición, como obra suya*[55].

Como elemento de união, aduz que:

> *La manifestación da personalidad, que enlaza com la forma prejuridica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de um modo naturalista (como "el movimento muscular") o normativista ("como la no evitación evitable"), y que simultaneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para uma primera y previa valoración jurídica. Dicho concepto designa el "substantivo" al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demais valoraciones juridicopenales. Describir um delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exatamente a la situación real.*[56]

Por fim, como delimitação, defende que:

> *La planificación delictiva, situada todavia em la fase de las ideas, em el caso concreto se puede explorar com métodos psicológicos, pero desde luego cae de antemão fuera del campo del Derecho penal; pues anque es cierto que em el pensamento vive la personalidad de su criador, sin embargo falta la "manifestación"*[57]

---

[54] LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?. Op. cit.*
[55] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.
[56] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 54, p. 258.
[57] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, § 8, 57, p. 260.

Conclui, então, que:

> *El concepto personal de acción aqui desarrolhado es um concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta juridicamente para el examen de la acción. También es normativo em la medida em que em los terrenos fronterizos atiende a uma decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge em su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente pisible y es capaz de considerar em todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.*[58]

Por se tratar de um conceito genérico, a teoria pessoal de Claus Roxin parece escapar dos problemas atribuídos aos outros conceitos de ação. Porém, sua proposta não permanece isenta:

> Cabe perguntar se definir ação como exteriorização da personalidade é, realmente, oferecer uma base para identificar o que é ação do que não é, ou significa somente utilizar uma expressão sinônima e, por conseguinte, levar a cabo um mero jogo de palavras. Dado que os preceitos de exteriorização ou manifestação da personalidade não são menos problemáticos que ação, de me inclino, em princípio, pelo segundo (...) o funcionalismo teleológico é moderado porque não acaba de ser funcionalismo[59].

Fora o mencionado jogo de palavras, acredita-se que o "comportamento só pode muitas vezes constituir-se como expressão da personalidade na base de uma prévia valoração como juridicamente relevante, também aqui se antecipando, nesta parte, a sua tipicidade"[60].

Aliás, os problemas relacionados à base da exteriorização da personalidade ficam ainda mais evidentes quando notado que *expressão da personalidade* não remete a qualquer sistema pré-jurídico ou pré-típico e, por isso, "não tem aptidão para se constituir em *genus proximus* de todo o sistema jurídico do facto punível"[61]:

> A menos, é claro, que se diga que uma tal caracterização actua pura e simplesmente dentro do sistema social da acção (equivalendo nomeadamente ao critério da evitabilidade); caso em que, porém,

[58] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. *Op. cit.*, § 8, 67, p. 265.
[59] VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *Apud* BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal & ação significativa*. *Op. cit.*, p. 141.
[60] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.
[61] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.

> as críticas de que a concepção pessoal da acção é passível são precisamente aquelas mesmas que podem validamente ser dirigidas ao conceito social de acção [62].

Por demais:

> Já à partida, percebe-se uma problemática dependência, senão mesmo identidade, entre as noções de personalidade e evitabilidade/controlabilidade: para que uma determinada manifestação humana possa ser considerada manifestação da personalidade, é preciso ser, ao menos, dominável pela vontade e pela consciência. Esse recurso, presente também na teoria social, sujeita-se às mesmas críticas lá formuladas. Dominabilidade e controlabilidade não são propriamente elementos ontológicos, mas sim critérios de imputação[63].

Outra crítica se dirige à função de delimitação:

> Não é o conceito apriorístico de acção que cumpre a função de delimitação, antes são os resultados da delimitação que se reputam correctos, as mais das vezes obtidos em função das exigências normativas dos tipos, que depois vão ser atribuídos ao conceito, ao seu conteúdo e limites. Que *vg.*, acontecimentos naturais, comportamentos de animais, puros actos praticados sob vis compulsiva, meras cogitações possam não ser considerados expressões da personalidade, eis o que pode aceitar-se. Se bem não deva omitir-se que concepções pessoais, modos de ser, de pensar e de agir constituem lídimas expressões da personalidade sem que todavia tenham de traduzir-se em acções penalmente relevantes; a menos, uma vez mais, que se ponha como condição prévia indispensável que elas exprimam comportamentos socialmente relevantes. Como se não compreende porque não possam ações jurídico-penalmente relevantes, sob certas condições – comportamentos de entes colectivos, actos reflexos ou automáticos –, ser consideradas expressões da personalidade: se o são ou não é coisa que em definitivo deverá depender das exigências típicas e não de qualquer conceito geral de acção.[64]

[62] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.
[63] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 258.
[64] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.*, p. 259.

Sobre o ponto de delimitação, aliás, nota-se que a ideia de um conceito pessoal de ação parece contraditória com a própria metodologia do funcionalismo teleológico[65]. Ocorre que, aparentemente ignorando seu fundamento normativo, o conceito acaba excluindo a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, mesmo diante de controvérsias, poderia ser considerada um legítimo interesse político-criminal[66].

2.6. Os Horizontes da Ação

Diante dos problemas relacionados aos requisitos do conceito de ação[67], bem como da sua incerta capacidade de solucionar problemas dogmáticos práticos, a doutrina começou a procurar alternativas:

> O atendimento a todas essas exigências, de modo a justificar a função básica estrutural aspirada pelo conceito unitário de ação, tem-se revelado, entretanto, demasiadamente problemático. As tentativas, levadas a cabo por inúmeras elaborações, revelam falhas, embora não coincidentes, em pontos substancialmente diversos e de difícil correção. Essas falhas, já há algum tempo, vêm sendo objeto de crítica não só pela literatura especializada, como por inúmeros manuais de direito penal, e, nesta medida, também elemento propulsor de teorias alternativas. [68]

De forma geral, três foram os caminhos trilhados pela doutrina que buscou redimensionar o conceito de ação no sistema: o primeiro, negando a importância ao

[65] O ponto central no funcionalismo de Roxin consiste em identificar a valoração político-criminal que subjaz a cada conceito da teoria do delito e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função. Porém, frise-se que a política criminal é apenas o primeiro passo para análise do sistema. Isso porque Roxin continua, sim, sustentando a ampla introdução de dados empíricos em seu sistema. A peculiaridade incide quando dados empíricos não vinculam ao legislador ou sequer possuem, de pronto, solução para problemas jurídicos. Esses dados necessitariam de um referencial normativo, pois, somente assim, poderiam desempenhar uma função adequada no sistema.

[66] Não se pretende aqui discutir essa tendência, mas parece-nos que "há muitas razões para se opor a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas o conceito de ação não é uma delas" (D'AVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* 159).

[67] Confira-se, em tom cético, a seguinte afirmação de Figueiredo Dias, questionando os benefícios de um conceito de ação: "As exigências que, do ponto de vista metódico-funcional acima assinalado, se fazem – e devem na verdade ser feitas – ao conceito de acção parecem, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito de acção deve assumir o que Jescheck chama de função de classificação, parece certo que a sua conformação há-de ser imputada a um sistema pré-típico, seja ele o sistema ôntico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a 'função de definição e ligação', arrogando-se o mínimo de conteúdo material necessário para que as posteriores determinações da tipicidade, da ilicitude e da culpa e da punibilidade possam ser conexionadas com o conceito, sem que todavia este em medida alguma as antecipe e pré-determine?" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, op. cit.,* p. 251/252.

[68] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* p. 138.

conceito de ação[69]; o segundo, preservando tão somente a função de delimitação[70]; o terceiro, desposando-o como o primeiro nível da referência analítica[71].

Em que pese à controvérsia, acredita-se que apenas este último caminho parece ser o mais recomendado para um desenvolvimento saudável e proveitoso da construção analítica do delito[72].

2.7. A Ação como um Problema de Imputação ao Tipo Objetivo

Durante muitos anos, a doutrina debateu-se para encontrar um conceito adequado de ação, supondo que as funções pudessem construir uma estrutura sólida para as demais valorações jurídicas.

No entanto, em posição diametralmente oposta, pretende-se redimensionar a ação, despojando-a do primeiro nível de referência analítica, para inseri-la como um problema de imputação ao tipo objetivo.

Para provar o que se pretende dizer, pergunta-se: que proveito haveria em devassar a essência do comportamento humano, sem que esta conclusão possua um tipo objetivo como referência? Isto é, de que adiantaria qualificar um comportamento humano como "ação" ou "não ação" (final, social, negativa ou pessoal), se esta conclusão não se voltar a um modelo penal? Nenhuma, responde-se.

Ora, quando o legislador recortou, selecionou e descreveu uma realidade social em um tipo penal, além da materialização do princípio da legalidade, estava,

---

[69] *"As graves objeções contra todas as concepções de ação, em especial aos conceitos ontológicos, que serviram de base ao desenvolvimento de todo um sistema jurídico-penal levaram a doutrina a um crescente desencanto com o tema. A evidente incapacidade de rendimento prático do conceito de ação não se limitou a reduzir suas funções. Muitos autores passaram a considerar que o estudo jurídico-penal poderia prescindir do conceito de ação"* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 112.

[70] "Assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente corresponde, uma vez mais se diz, à função de delimitação ou função 'negativa' de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes" DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, Op. cit.*, p. 261. Também nesse sentido: HASSEMER, Winfried *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 100. Conforme crítica já formulada, "atribuir uma função de delimitação à ação sem lhe designar um conteúdo próprio e exclusivo que lhe permita exercer essa função, "resultando, ao fim e a cabo, em um esforço de autonomização, por todo o exposto, inútil, desnecessário e, no âmbito da própria tipicidade, metodologicamente inadequado" (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.,* 140).

[71] *"Las graves objecciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hhay que abandonar la ideia de um concepto de acción pretípico y com validez general, y que em su lugar, como ya tenía em mente Radbruch, hay que erigir la tipicidade em concepto fundamental del sistema del Derecho Penal. Según esta opinión, em el marco del tipo también se puede satisfacer la necessidade de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden dedicir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos em torno al miesmo; pues realmente, injusto y culpabilidade son com mucho las categorías dogmáticas más importantes"* ROXIN, Claus. *Derecho penal, Op. cit.*, p. 251, § 8, 40. Roxin, contudo, rejeita essa posição, alertando que *"aunque se comience la estrutura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de imediato la cuestión de qué es esa "acción" o la "conducta", a la que se atribuye la calificación de "típica"* ROXIN, Claus. *Derecho penal, Op. cit.*, p. 251, § 8. Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais. Op. cit.,* p. 261.

[72] Atento aos estritos limites do trabalho, não será possível realizar uma digressão sobre cada tendência de cada autor. Confira-se, sobre o tema, as referências bibliográficas lançadas na nota de rodapé nº 9.

desde já, declarando quais comportamentos possuíam relevância penal, sendo inócuo qualificar como "ação" ou "não ação" um comportamento claramente atípico como, por exemplo, cumprimentar o vizinho ou levar o cachorro para passear. Com efeito, parece irrefutável afirmar que a única ação que realmente interessa ao direito penal é aquela selecionada e descrita pelo legislador no tipo penal.

Essas reflexões demonstram que o conceito de ação não possui suficiência argumentativa em si, ou seja, não diz nada ao direito penal, mas, antes, seus contornos identificam-se e convergem com o problema em que está envolto toda a doutrina do fato punível: limites e regras de imputação ao modelo típico.

Embora dela extraia outras consequências, sobre o tema, Günther Jakobs esclarece que:

> Nos últimos vinte anos discutiu-se apenas sobre o conceito de ação; chegou-se a um acordo em posições mais ou menos causalistas ou finalistas. A discussão que se desenvolveu ultimamente no âmbito da teoria geral do injusto se refere à assim chamada de teoria da imputação objetiva, isto é, aquela teoria que já no tipo objetivo diferencia entre a relação causal e a relação de imputação em um sentido mais estrito. Pois bem, segundo os representantes dessa teoria, a imputação objetiva é algo comum a toda classe de injusto. Apareceu, então, além do conceito de ação, um novo segmento da teoria geral do injusto? Saliento que isso não é assim, sendo que se trata de um só problema, isto é, que a teoria da relação específica de imputação objetiva pontualiza o conceito de ação. A normatização que supõe a teoria da imputação objetiva não tem por objeto algo que esteja à margem da ação, e sim que se refere a própria ação[73].

Partindo da premissa de que a ação é mesmo um problema de subsunção ao tipo objetivo, seus contornos não devem ser buscados com a sobrecarga ao tipo subjetivo, como pretenderam finalistas[74], tampouco com conceitos pré-jurídicos de ação, mas com revistos conceitos normativos de alcance da tipicidade incriminadora, através da teoria da imputação objetiva[75]. Afinal:

---

[73] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 54.

[74] "Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação" ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 126.

[75] O próprio Roxin reconhece que: "a imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica, abstraindo de suas variadas manifestações ônticas" (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Op. cit.*, p. 79).

> É o bem jurídico o fundamento desde o qual é possível determinar que ações podem ser atribuídas a um tipo legal determinado e quais ficam sem consideração para o Direito Penal, em outras palavras, a ação por si só não diz absolutamente nada para o Direito penal, é o bem jurídico o que permite que uma determinada ação apareça como relevante para o Direito penal[76].

Assim, o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva poderia lograr, com maior segurança e fidelidade ao sistema de proteção do bem jurídico, a correta delimitação e a precisa fronteira entre o permitido e o proibido; no caso, entre uma "ação" ou uma "ausência de conduta"[77]: "a teoria da imputação objetiva do comportamento aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa com um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer estranho ou adaptado, como que, socialmente, se considerou mérito ou, especialmente, como que se destaca de modo negativo o resultado. Sem este material de interpretação, o resultado não é mais do que um conglomerado naturalista, na melhor das hipóteses, algo que o indivíduo perseguia, curso causal, ou um curso causal psiquicamente sobredeterminado; em todo caso, não é mais do que um amálgama heterogêneo de dados que não adquiriram significado social algum. Só a imputação objetiva converte esse referido amálgama em algo comunicativamente relevante, em algo compreensível. Com outras palavras: só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num sentido geral ação.[78]

Abandonando, pois, a histórica primazia da ação como categoria autônoma, encontrar-se "tipos de ilícito", onde o legislador, cumprindo seu desiderato, já selecionou as ações tipicamente relevantes sobre as quais devem incidir as predicações jurídicas. Nesse sistema:

> O conceito de ação, redimensionado em sua importância, continua a cumprir um papel fundamental da teoria geral do crime. Torna-se elemento constitutivo do fato típico e passa a exercer, em essência, a função de referente comportamental para fins de imputação, abandonando as funções de união, classificação e, inclusive, a função de delimitação[79].

Como acertadamente frisado, perde o sentido discutir os antigos conceitos de classificação, de ligação e delimitação, pois a matéria é classificada pelo próprio

---

[76] BUSTOS RAMIREZ, Juan *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 116.

[77] Partindo dessa premissa, vê-se que os resultados obtidos com os "requisitos de delimitação" não passam de critérios de "imputação indevidamente antecipados", que resultam, "não raramente, confusas, contraditórias e, em termos metodológicos, impossíveis conclusões" (D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.*, p. 145).

[78] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. Andre Luis Callegari. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª ed, p. 54.

[79] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, op. cit.*, p. 136.

legislador, contornada e delimitada pelas exigências normativas da teoria da imputação objetiva, alinhando a proibição ao bem jurídico.

2.8. Possíveis Críticas

A crítica geralmente atribuída reside na suposta falta de capacidade crítica do direito penal em relação à "ação tipificada", eis que "ação" e "tipo" confundir-se-iam como "seleção" e "forma de aparição", fazendo a pergunta do "por que essa ação" sempre voltar-se ao tipo e vice-versa. Isto é: ação seria aquilo que o legislador assim qualificou e ponto final[80].

Em última análise, muitos críticos aproximam essa posição ao funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, asseverando que não seria possível criticar ou limitar o direito penal como reclama o Estado Democrático de Direito[81].

Nesse sentido caminha Roxin:

> *No se puede dejar sencillamente de lado la cuestióin de la acción. Em efecto, incluso aunque se comience la estrutura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero em tal caso se plantea de imediato la cuestión de qué es esa "acción" o la "conducta", a la que se atribuye la calificación de "típica". Además, tiene que haber um substrato común al que se puedan vincular las valoraciones juridicopenales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absolta, etc., entonces los hechos que parécen idóneos para uma posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los convierten em "acciones"; y no esnada supérfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como elemento de enlace o unión)*[82].

Certamente, toda normatização de conceitos traz consigo inúmeros riscos. Todavia, nem mesmo o finalismo com seu sistema ontológico-fenomenológico logrou construir um sistema imaculado; ao revés[83]. Ora, se os preceitos dogmáticos tivessem

[80] A propósito, suspeita-se que, por receio de que a funcionalização da ação pudesse conduzir a uma migração absoluta para a norma, Roxin venha buscar uma alternativa a normatização completa do conceito de ação.

[81] Nesse sentido: "se todos os juízos dogmáticos tivessem como fonte a respectiva codificação vigente, com frequência não haveria base científica alguma para criticar um preceito vigente por sua contrariedade ao científico e exigir sua modificação" HIRSCH, Hans Joachim *Apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa. Op. cit.*, p. 117.

[82] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. cit.*, p. 251, § 8, 40.

[83] "Se neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico. E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que "o direito só pode proibir ações finalistas" baniram o resultado do ilícito, declarando a tentativa

como única fonte de referência o direito posto, de fato, a norma acabaria selecionando um comportamento sem controle, facilitando políticas criminais do "inimigo".

Entretanto, a crítica ignora que esse resultado apenas frutificaria com o rompimento de uma teoria crítica do bem jurídico, logo, limitadora da intervenção estatal[84]. A teoria crítica do bem jurídico é o ponto nevrálgico entre funcionalizar um conceito e exigir legitimação da norma penal, reputado como essencial no funcionalismo ora apresentado. Assim, se na base do sistema for estabelecido um discurso racional e crítico, a intervenção penal seria legítima, não havendo qualquer incompatibilidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

3. Tomada de Posição: a Ação como Referencial Material de Interpretação Típica.

3.1. A Questão da Ilicitude

Durante muitos anos, a doutrina esforçou-se para desvendar a estreita e conturbada relação entre a matéria típica sua ligação com o âmbito de proibição. Entretanto, ainda hoje, a literatura produzida e reproduzida pela chamada doutrina majoritária não foi capaz de desvendar e delimitar a correta relação entre tais valorações.

Ainda que com fundamentações distintas, significativa parcela da doutrina insiste em separar a tipicidade da ilicitude como elementos distintos, sustentando, em breve resumo, que o tipo e a ilicitude teriam objetivos[85] ou significações[86] distintas. Ora, aceita a premissa de que o tipo possui função de prevenção geral negativa, enquanto a ilicitude possui uma significação concreta de conflito de interesses, forçosamente

inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação" GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito.* Disponível em: <http://www. grupos.com.br/group/.../Messages.html?action=download.> Acesso em: 18 de abril de 2015, p. 6.

[84] Sobre o tema, confira-se excelente abordagem em: ROXIN, Claus. *Derecho penal, Op. cit.*, § 2, 1, p. 51 e seguintes.

[85] Para Hans Welzel, a tipicidade seria um elemento puramente conceitual, "a descrição concreta da norma proibida", enquanto a ilicitude seria a contradição da realização de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto. "Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um juízo de desvalor da conduta típica. É preciso ter em conta, todavia, o caráter metafórico dessa expressão. O sujeito desse juízo de desvalor não é um indivíduo (ou sequer o juiz), mas o ordenamento jurídico como tal" (WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal. Op. cit.*, p. 63). Logo, "quando concorre alguma causa de justificação, a realização do tipo não é antijurídica. As causas de justificação não excluem, por conseguinte, a tipicidade e uma conduta, mas tão somente sua antijuridicidade" WELZEL, Hans. *Novo sistema jurídico-penal. Op. cit.*, p. 77.

[86] "Os tipos servem realmente para a realização do princípio *nullum crimen* e dele deve derivar a estrutura dogmática. A antijuridicidade, pelo contrário, é o setor de soluções sociais do conflito, o campo em que se chocam os interesses individuais opostos aos das exigências sociais, com as necessidades do indivíduo" ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal. Op. cit.*, p. 30. Mantendo-se nessa linha, Roxin, confirma que "*hay razones a favor de mantener el tipo, em el sentid del tytpus delictivo, como uma categoría autónoma frente a la antijuridicidade*" ROXIN, § 10, nº 19, p. 286.

dever-se-ia concluir que o tipo penal de homicídio procura motivar as pessoas a não matar em legítima defesa[87], posição absolutamente insustentável.

Contrariando o pensamento majoritário, pretende-se demonstrar com esses questionamentos que a separação entre a tipicidade e a ilicitude não é acertada nem mesmo em uma análise analítica. Além de gosto por sistemas, tal divisão parece ignorar o sentido empreendido pelo ser humano quando atua no mundo[88] e, por conseguinte, a forma como esse comportamento é percebido e descrito nos modelos legais.

3.2. Introduzindo o Problema: Questionamentos de Aula

Durante o desenrolar de uma aula sobre a teoria geral do crime, perguntei aos alunos: "Como sabem, o artigo 121 do Código Penal destina uma pena de seis a vinte anos a quem "matar alguém". Contudo, pergunto, a quem se dirige esse comando? Isto é, quando o legislador elaborou o tipo de homicídio, pensava naquele que mata por pura maldade ou em alguém que mata para se defender?".

De forma uníssona, responderam: "Pensava em quem mata por maldade, porque isso é ilícito!". Imediatamente, repliquei:

> Por que, então, quando uma pessoa mata outrem em legítima defesa, a doutrina majoritária realiza adequação típica no art. 121, do Código Penal, que vocês acabaram de falar que não se destina a essa hipótese, para somente após declarar sua licitude?

Concluí:

> Afinal, será que o legislador teria concebido como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito através de um tipo permissivo? Até que ponto, então, seria necessário reavaliar um comportamento que se amolda a um modelo penal, logo, relevante para o sistema penal, para afirmar sua afronta ao ordenamento jurídico?

[87] Crítica formulada por: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais, Op. cit.*, p. 268.

[88] Redimensionar o conceito de ação significa superar a ideia de uma tipicidade puramente descritiva, com função meramente preventiva, bem como a incompreensível noção de um tipo indiciário ou um tipo total, para um modelo interpretativo, composto de sentido e valor. Isso porque "não é a natureza que ensina o que é ação, como pretendia a escola de V. Liszt com sua separação do físico e do psíquico, e o conceito de ação tampouco pode se extrair da ontologia, como normalmente se sustenta que Welzel pretendeu demonstrar com seu ponto de partida desde a finalidade do atuar humano, sendo que no âmbito do conceito de ação o decisivo é interpretar a realidade social, torna-la compreensível na medida em que está relacionada com o direito penal" (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal. Op. cit.*, p. 56/57).

3.3. Resposta: a (I)Licitude Tipificada

Certamente, ao descrever um comportamento, o legislador não positiva um modelo teórico, mas parte do mundo concreto, de um fato reiterado das interações humanas sociais, conferindo a essa demanda social uma solução penal. Afinal, "o direito penal não cria condutas humanas, mas apenas as seleciona, atribuindo-lhes determinado valor"[89]:

> No momento da criação da regra jurídica, o legislador ao formular o modelo jurídico abstrato não paira nas alturas de uma construção meramente teórica, mas parte de dados de realidade, de um fato reiterado, de uma situação conflituosa real sobre a qual cabe impor uma solução justa. Assim, o legislador perscruta essa realidade relevante repetidamente ocorrida para definir quais os seus elementos básicos característicos. Desse modo, reproduzindo uma expressão de Engisch, o legislador caminha do real ao real por via do abstrato, ou seja, colhe da realidade os dados com que constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no fato concreto dos dados elementares invariáveis descritos na norma. Com a fixação do invariável elementar tem-se o perfil do objeto, a conformidade por trás da diversidade, de modo a se construir um modelo pelos traços fundamentais de um comportamento, cabendo ao observador estabelecer as regularidades existentes em uma ordem uniforme. A norma nasce a partir dos conflitos que surgem e estão a exigir uma solução pacífica, fruto da avaliação do legislador sobre qual das forças valorativas presentes é a mais justa a orientar a imperativa determinação do considerado justo. No campo das normas penais o legislador constrói modelos jurídicos a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa ou de um valor que, nas circunstâncias, é considerado superior ao valor lesado. A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de Mackinney, "o tipo constituído é uma simplificação do concreto[90].

[89] SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal. Op. cit.*, p. 33.
[90] REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim.* Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

Sendo assim, os comportamentos sociais não são percebidos pelo legislador como meros "fazer" ou "não fazer", mas portam certa finalidade e determinam uma comunicação social.

Através de técnicas legislativas e de uma tomada de valor[91], o legislador consegue identificar no meio da sociedade duas grandes espécies de comportamentos humanos: um ilícito, que precisa ser inibido, e outro lícito, estimulado.

A partir de então, em respeito ao princípio da legalidade, o legislador comunica-se com a sociedade através de modelos penais, sempre atento aos valores e desvalores sociais que fundamentaram a criação do modelo legal.

Dessa maneira, o ponto nodal da teoria do crime consiste em compreender analiticamente a seguinte tensão: compreender o sentido e o alcance das condutas descritas na lei, extraídas pelo legislador do seio social; e interpretar a real conduta humana de quem atua, para adequá-la ao correspondente tipo.

3.3.1. Os Tipos Penais Incriminadores

Valendo-se de juízo de valor sociológico, no momento da sua formação, o tipo penal incriminador inegavelmente traduz um desvalor, um comportamento pernicioso que embaraça a ordem social. Do contrário, seria ininteligível pensar que o legislador fosse capaz de descrever um comportamento humano como típico, cominando uma sanção penal, se este não carregasse consigo ilicitude ou que fosse autorizado por lei. Sendo assim, toda tipicidade incriminadora reclama a existência da ilicitude como seu fundamento de existência[92].

Logicamente, parece incompreensível separar analiticamente a tipicidade incriminadora da ilicitude, pois, definitivamente, a tipicidade incriminadora é a forma de manifestação (comunicação social) da ilicitude em matéria penal.

Sendo, pois, a tipicidade incriminadora naturalmente ilícita (por essência), para se adequar a esse comando abstrato, a concreta vontade consciente humana (dolo) deve ser dirigida ao menosprezo do bem jurídico, conforme o modelo de comportamento selecionado pelo legislador. Afinal, ao contrário do que imaginou Welzel, a vontade consciente não é dirigida à pura consecução do verbo típico, senão representa a busca por determinado valor social. Dito positivamente: quando alguém infringe um preceito penal incriminador, não pretende simplesmente realizar o verbo típico, mas procura aquilo que a conduta representa (deseja, por exemplo, a eliminar a vida por maldade; subtrair certo patrimônio por ganância; ao invés de simplesmente "matar" ou "subtrair").

---

[91] "Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* Saraiva: São Paulo, 25ª ed., 2001, p. 24.

[92] Vale frisar que essa ilicitude não é elemento do tipo incriminador, como pretendeu a teoria dos elementos negativos, ou sequer está em estado indiciário, como pensou Hans Welzel. A ilicitude é a qualidade do tipo, seu fundamento de existência a partir do sistema de seleção e proteção de bens jurídicos.

Tome-se como exemplo um homicídio: quando alguém atua com o desiderato de eliminar a vida de outrem por crueldade, pratica consciente e voluntariamente o verbo típico "matar". Todavia, muito além do verbo, o homicida deseja aquilo que essa conduta representa: deseja negar arbitrariamente a vida humana.

Observe-se, então, que negar arbitrariamente a vida humana foi justamente o elemento social que levou o legislador a positivar o artigo 121 do Código Penal.

Portanto, "a tipicidade dessa conduta revela, por si só, a sua ilicitude, pois constitui um fato contrário ao direito, praticado de acordo com o modelo legal elaborado pelo legislador, a partir dos desvalores sociais"[93].

3.3.2. Os Tipos Permissivos (Tipos de Justo)

Certamente, o sistema criminal não exaure nas previsões incriminadoras, mas também atua de forma positiva ou permissiva. A elaboração de um tipo penal permissivo também é um reflexo social, através do qual o legislador declara a inexigibilidade de outro comportamento[94] diante de uma situação de perigo, legitimando determinado comportamento lesivo, desde que atendidos os requisitos legais. Em outras palavras: os tipos permissivos revelam hipóteses em que o legislador deixou transparente a ausência de ilicitude, pois não são praticadas em função de um desvalor social.

Ocorrendo, então, a incidência dos tipos penais permissivos, inexistirá adequação típica a um preceito incriminador, tendo em vista que o comportamento lícito não encontrará subsunção a um tipo incriminador por manifesta ausência de ilicitude. Conforme já destacado, a tipicidade delitiva carrega consigo a ilicitude como elemento material, fundamento de existência; tanto é assim que foi selecionada pelo legislador e dotada de um preceito secundário de punição. Como, então, nas hipóteses permissivas não existe ilicitude, essa conduta deverá adequar-se em um tipo permissivo (ou tipo de justo), como uma conduta dirigida à preservação de um bem jurídico.

A questão pode ser exemplificada com a legítima defesa: quando o legislador penal selecionou e positivou o tipo penal de homicídio doloso, pensava somente em comportamento ilícitos. Do contrário, seria imperioso concluir que o legislador, de forma bipolar, previu como típico um comportamento que ele mesmo considerou lícito. Como no exemplo narrado o agente não atuou com intenção de menosprezar o bem protegido pela lei, mas atuou para preservar a vida, não houve adequação típica ao art. 121 do Código Penal por ausência de ilicitude, mas direta e exclusiva adequação ao art. 25 do Código Penal (tipo de justo).

---

[93] SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal. Op. cit.,* p. 80.

[94] Veja-se sobre esse ponto: VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993. Seguindo os ensinamentos de Bettiol, tive a oportunidade de defender que a inexigibilidade de outra conduta é o elemento material que atua por trás dos tipos permissivos e das hipóteses dirimentes: REID, Tiago de Lima Santos. *Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal.* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano X, nº 11, p. 357.

3.3.3. Síntese

Com tais fundamentos, a presente proposta afasta-se dois equívocos: primeiro do finalismo, que estabelece uma tipicidade neutra, anêmica e sem sentido teleológico, submetendo a ela comportamentos diametralmente opostos como o lícito e o ilícito[95].

Em segundo lugar, rebatendo as críticas de Welzel quanto aos defeitos decorrentes da fusão entre o tipo e a ilicitude[96], observe-se que a legítima defesa não estaria nivelada ao mesmo plano de um fato atípico como, por exemplo, a morte de um mosquito, porque a morte de um mosquito não estaria sujeito à valoração jurídica por falta referência a um tipo objetivo, conforme teoria da imputação objetiva, enquanto a legítima defesa estaria prevista em um tipo penal de justo, não havendo que se falar em mesma significação jurídica[97].

4. Ponto de Chegada

A base do sistema ora apresentado reside em interpretar a conduta humana (ação) e o sentimento que forjou a norma (modelo interpretativo), ao invés de simplesmente julgar o tipo como descritivo, abarcando toda sorte de ânimos.

Com efeito, segundo precisa lição de Reale Junior, "o que define o caráter antijurídico da ação é o sentido que a anima, a posição valorativa que a colabora e que está abstratamente revelada no tipo" [98].

Referências

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal & ação significativa:* Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Vol. 1, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AVILA, Fábio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, ano XII, nº 54, 2014.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O conceito de ação em direito penal, linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime.* Disponível em: <http://sisnet. aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/a penal.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais:* a doutrina geral do crime. Parte geral, tomo I. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

[95] "O querer matar, com menosprezo ao valor vida, não pode ser equiparado ao querer defender-se, pois esta segunda e animada por um sentido positivo, de preservação de um bem jurídico socialmente relevante". SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal. Op. cit.,* p. 80.

[96] Segundo Welzel, "nestas condições, a morte de um homem produzida em legítima defesa, teria a mesma significação que a morte de um mosquito. Ambos seriam atípicos" WELZEL, Hans *Apud* SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal. Op. cit*., p. 82.

[97] Em sentido próximo: SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal. Op. cit.,* p. 83.

[98] REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta.* José Bushatsky: São Paulo, 1971, p. 136.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral.* 2ª ed. São Paulo: Jose Bushatsky, 1977.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito.* Disponível em: <http://www. grupos.com.br/group/ /Messages.html?action=download>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal.* Vol. 1, 8ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

HIRSCH, Hans-Joachim. *Acerca de la crítica al finalismo.* Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1994428.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2015.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. Andre Luis Callegari. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal*. Vol.1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?* Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rconid=141>. Acesso em: 21 de setembro de 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito em el estado social y democratic de derecho.* 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade,* o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *A culpabilidade e o drama do Lord Jim.* Disponível em: <www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_05_04341_04367.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta.* São Paulo: José Bushatsky, 1971.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REID, Tiago de Lima Santos. Inexigibilidade de conduta diversa: Planos de referência e aplicação extralegal. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano X, nº 11.

REID, Tiago de Lima Santos. *Somos realmente finalistas?* Análise e crítica do sistema proposto por Hans Welzel. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/somos-realmente-finalistas-analise-e-critica-do-sistema-proposto-por-hans-welzel-por-tiago-de-lima-santos-reid/>.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I*: Fundamentos. La estrutura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diáz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, España: Thompson Reuters.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal.* Trad. Alaor Leite: São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do tipo penal*. São Paulo: Direito, 2001.

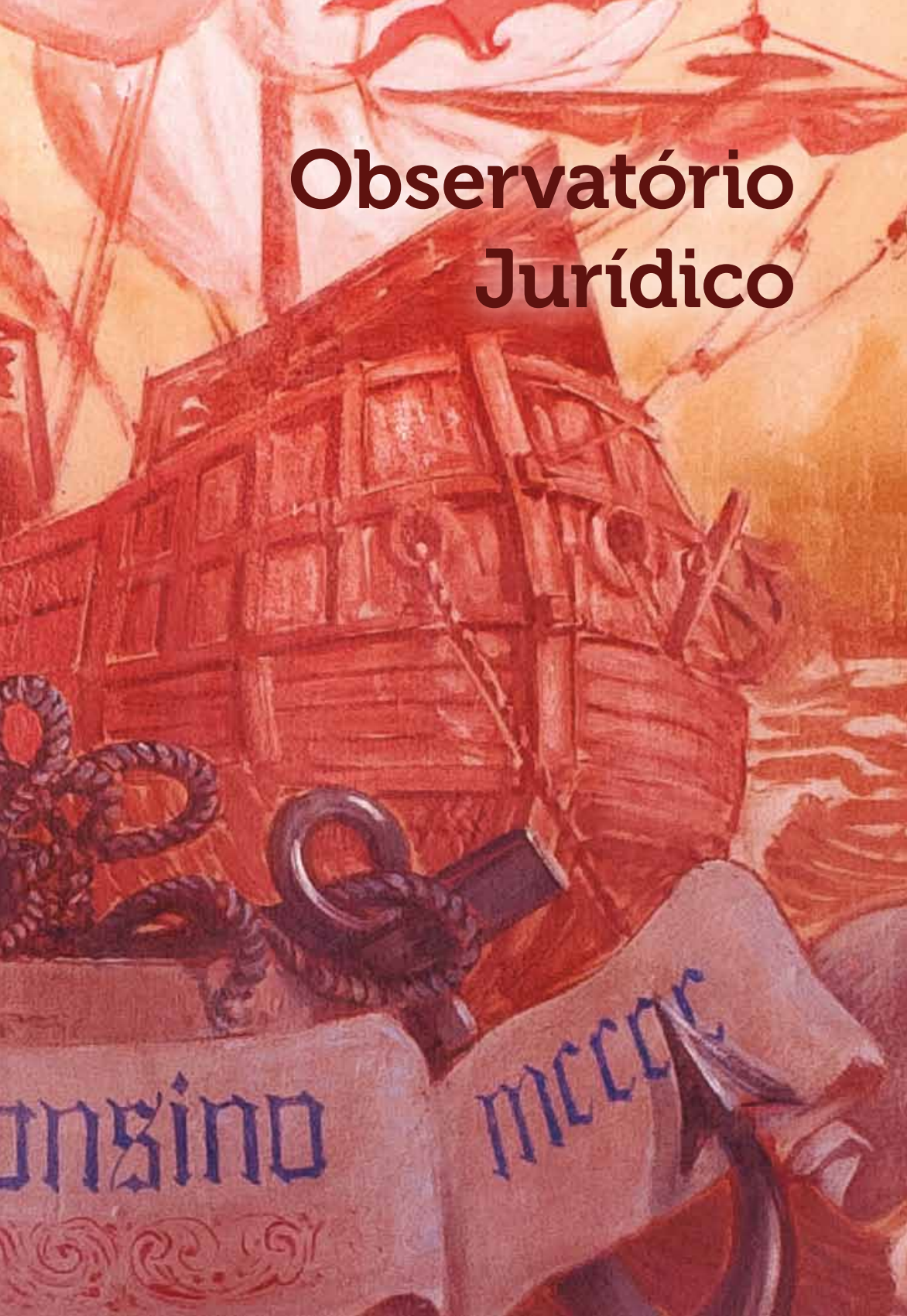
SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal,* parte geral. São Paulo: Elsevier, 2012.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



A Importância do Código Comercial (Jornal O Estado de S. Paulo – 22/06/2016 – A2 Espaço Aberto)

Ives Gandra da Silva Martins*

Códigos não são importantes apenas para fins jurídicos; têm também relevante função cultural.

No campo do direito, os Códigos sistematizam as normas de determinados setores das relações sociais e econômicas, conferindo-lhes maior racionalidade. Para além do direito, os Códigos servem de poderoso instrumento de propagação de conceitos e valores.

Veja-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tecnicamente falando, é uma simples lei, porque sua tramitação legislativa não seguiu os ritos próprios das codificações. Os teóricos que, logo após a edição do CDC, tentaram construir argumentos visando limitar sua aplicação, procuraram explorar esta questão, como um modo de desprestigiá-lo. Não conseguiram e acabou se fixando, no linguajar dos profissionais, Tribunais e até mesmo das leis, a denominação de "Código". A questão técnica sobre a exata natureza legislativa perdeu toda a importância, porque a sociedade brasileira incorporou o valor de que os consumidores precisam ser protegidos de modo especial.

Códigos afirmam valores. Antigamente, no embalo do iluminismo francês, pretendia-se, com os Códigos, dotar a sociedade de um conjunto absolutamente lógico, completo e imutável de normas jurídicas. Hoje, os Códigos mais coordenam que sistematizam, não ambicionam a completude nem tendem à perenidade. O Código Civil de 2003, por exemplo, já foi alterado 31 vezes; mais de uma vez por semestre, portanto. São assim os Códigos contemporâneos: dinâmicos.

E que valores se pretendem afirmar, hoje no Brasil, com a proposta de um novo Código Comercial?

São os valores que giram em torno da estruturação da economia de acordo com a ordem prevista na Constituição de 1988, fundada na livre iniciativa e na dignidade do trabalho humano (art. 170). A reconhecida vetustez do Código Comercial de 1850 e a muito questionável absorção de parte importante da matéria comercial pelo Código Civil contribuíram para a fragilização destes valores.

O lucro tem sido visto quase como um pecado, esquecendo-se de que é o principal fator de motivação de qualquer empreendimento. Passa-se despercebida

* Ives Gandra da Silva Martins e advogado e professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exercito e da Escola Superior de Guerra.

a importância para toda a sociedade da determinação de alguns (os empresários) de assumirem o risco da produção de bens ou serviços, sendo inconteste que cada um de nós só pode desfrutar do que precisa para viver (vestuário, alimentação, remédios, transporte, cultura, lazer etc.) graças a iniciativas desta natureza.

O Código Comercial contribuirá para a afirmação destes valores, dentro e fora dos Tribunais, proporcionando aumento na segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Leia-se, por exemplo, o art. 4º, parágrafo único, do Substitutivo Paes Landim:

> decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento: (a) da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) do lucro obtido com a exploração regular da empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado (...).

À medida que a lei incorpore estes conceitos (verdadeira explicitação da Constituição), isto os torna objeto de conhecimento obrigatório dos estudantes, estudiosos e profissionais do direito. Os programas das faculdades irão incluir o seu estudo; as listas de pontos dos concursos da Magistratura e do Ministério Público deverão necessariamente contemplá-los; produzir-se-ão estudos, artigos, dissertações e teses sobre o dispositivo etc. Com isto, os valores veiculados pela norma legal serão conhecidos e incorporados por mais pessoas.

Esta estratégia de reafirmação de valores não é nenhuma novidade no Brasil. Foi graças ao reconhecimento, na lei, da "vulnerabilidade do consumidor", constante do art. 4º, I, do CDC, que este importantíssimo fundamento valorativo de toda a proteção especial dos consumidores passou a frequentar os argumentos jurídicos de doutrinas, petições, sentenças e Acórdãos.

Além desta fundamental questão principiológica, o novo Código Comercial também tem como objetivo nuclear contribuir, no plano do direito privado, para destravar a economia. Contempla inovações que livrarão os empresários das amarras de burocracias, tornando o ambiente de negócios mais favorável ao desenvolvimento das empresas brasileiras e mais atraente aos investidores de todo o mundo. A Colômbia é exemplo de país que realizou consistentes reformas microeconômicas, melhorando consideravelmente, com isto, sua classificação nos *rankings* globais de ambiente de negócios. O Brasil precisa trilhar caminho semelhante.

O Projeto de novo Código Comercial, iniciativa do Deputado Vicente Cândido, é apoiado por importantes entidades empresariais, entre as quais a FECOMÉRCIO de São Paulo, por seu Conselho Superior de Direito, com indicação de assessores que, nas

viagens feitas ao exterior, a fim de comparar modelos vigentes e exitosos, colaboraram na apresentação de sugestões. Na atual legislatura, o debate foi impulsionado pelo dinamismo do Deputado Laércio Oliveira, presidente da Comissão Especial do Código. O erudito Substitutivo do Deputado Paes Landim, Relator Geral, acolheu críticas e consolidou contribuições recebidas ao longo destes 5 anos de tramitação, aperfeiçoando o Projeto. Aguarda-se para logo a sua votação, para que a economia brasileira possa se beneficiar o quanto antes das melhorias na disciplina jurídica da atividade econômica previstas no novo Código Comercial.

Tutela Coletiva dos Direitos dos Minoritários

Jorge Lobo*

De 2004 a 2009, o número de acionistas na BM&FBOVESPA foi de 85.500 para 532.000, havendo, em 2010, sua diretoria realizado ufanista campanha publicitária, inclusive com a participação do "Rei Pelé", na qual garantia que, até o final de 2015, mais de 4.400.000 brasileiros estariam participando de companhias abertas; como era de se esperar, a "promessa" não se cumpriu, pois, hoje, apenas 585.781 pessoas físicas e jurídicas operam no mercado de ações (dados de maio de 2016).

Cientistas políticos e economistas debitariam esse retumbante fracasso à situação financeira global após a crise de 2008; à falta de confiança dos investidores internacionais (fundos de *hedge* e de pensão); à perda de credibilidade na gestão da economia pelo "governo Dilma" etc.

Inspirado nos cânones do "pragmatismo jurídico americano" e da "teoria econômica do direito", eu acrescentaria que o estrondoso fiasco se deve, também, à deficiente estrutura e à defasagem do sistema de tecnologia da CVM, para investigar e punir fraudes dos agentes do mercado; ao desmedido uso de informações privilegiadas (em *2013*, foram detectados 91.000 indícios de irregularidades na bolsa); à morosidade, complexidade, custos e despesas do processo judicial, mas, sobretudo, ao arraigado sentimento popular de que a CVM, o Poder Judiciário e os mecanismos legais de proteção dos direitos dos acionistas minoritários de companhias abertas são ineficientes, nulas as consequências práticas, insatisfatórios os resultados, o que é fácil de constatar através de simples verificação empírica, o que explica porque acionistas minoritários de grandes companhias não recorrem à CVM e ao Poder Judiciário, não lutam para obter a condenação dos responsáveis pela queda do valor de suas ações, "omitem-se" na defesa de seus direitos e interesses!

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América e na Alemanha, o cidadão comum – o poupador que a BM&FBOVESPA buscou cooptar – não acredita que o nosso sistema jurídico possa proporcionar-lhe cabal ressarcimento dos prejuízos causados aos seus legítimos interesses por acionistas controladores e administradores inescrupulosos, o que o leva a decidir-se por considerar perdido o investimento, a desistir de propor ação individual de perdas e danos e sequer a pensar em *ação coletiva*, tão corriqueira nos EUA.

* Jorge Lobo é mestre em Direito da Empresa da UFRJ e doutor e livre-docente em Direito Comercial da UERJ e advogado.

A "ação coletiva" é, metaforicamente, uma "viagem em grupo" por um caminho tortuoso e escabroso de céticos e crentes, de desolados e esperançosos, unidos por uma causa única e solidários no infortúnio, em busca e clamando por ... Justiça!

Na América, *ações coletivas* contra gigantescas corporações americanas, com fundamento em má-fé e fraude de seus "notáveis" dirigentes, terminaram no pagamento de indenizações bilionárias (Enron, US$ 7,2; *WorldCom*, US$ 6,2; Tyco, US$ 3,2), havendo, somente em 2015, sido propostas 191.

Na Alemanha, a Suprema Corte, ao julgar demandas de pessoas ilaqueadas em sua boa-fé por dados e informações falaciosos, condenou os réus a reparar-lhes os danos materiais que sofreram, o que salvou o mercado de capitais germânico da destruição, segundo declaração de Peter Sester, professor do Instituto de Lei e Finanças da Universidade de Frankfurt.

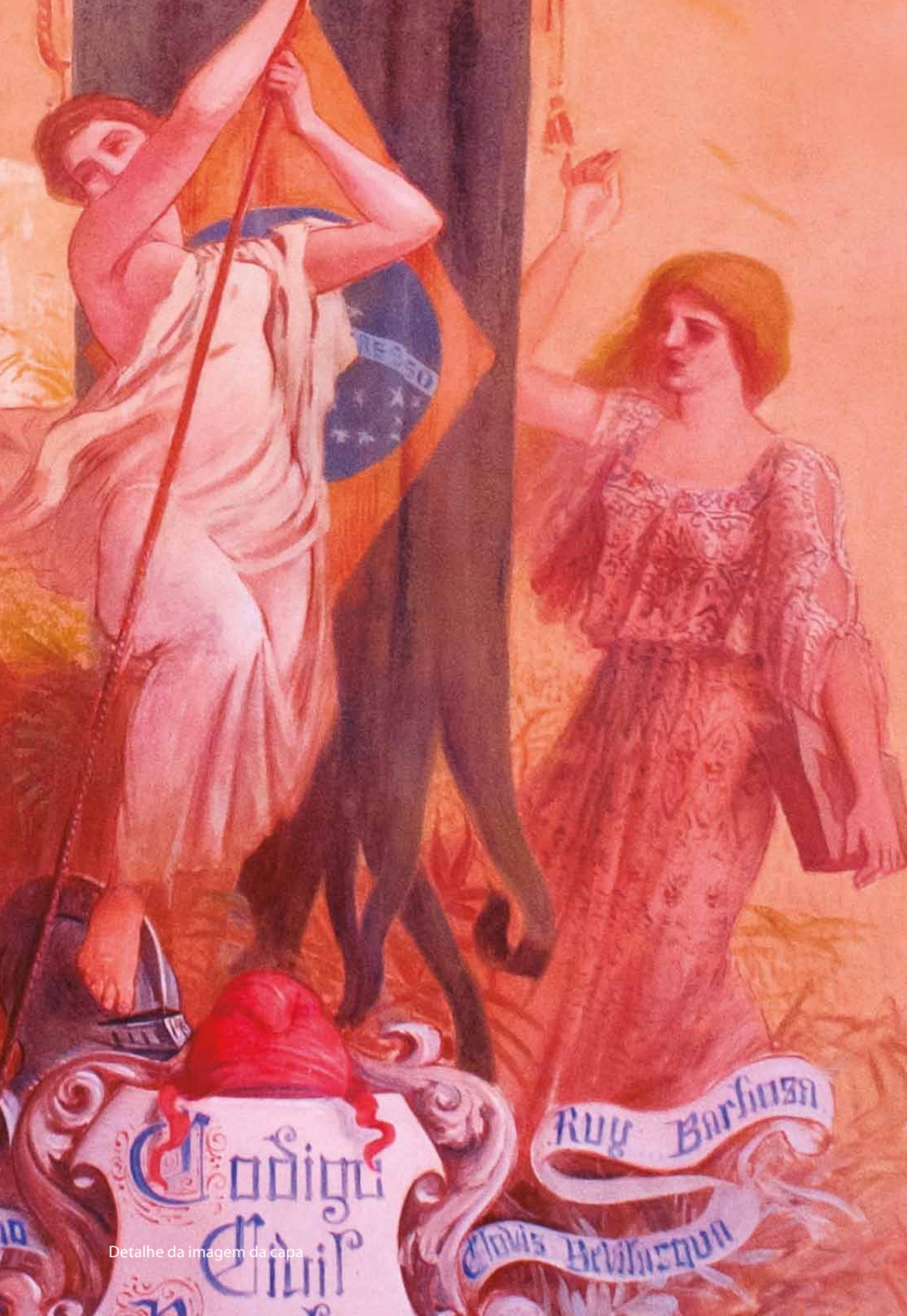
Aqui, todavia, grassa a ideia de que *ações coletivas* não são meios capazes de lograr a punição de controladores e de gestores de companhias abertas em decorrência de fraude ou de má-fé ou da divulgação de "fatos relevantes", "comunicados ao mercado", "balanços e demonstrações financeiras", "notas explicativas", "propaganda institucional" etc., contendo informações falsas ou distorcidas ou manipuladas ou artificiais com o propósito de iludir investidores e induzi-los a adquirir títulos e valores mobiliários negociados na BM&FBOVESPA.

Palmar engano! Somente o temor de "ações coletivas", manejadas para defesa dos chamados "direitos individuais homogêneos", é capaz de compelir maus acionistas controladores, membros de conselhos de administração e diretorias das sociedades anônimas nacionais a agirem de acordo com elementares princípios de governança corporativa, a cumprirem os deveres de diligência, lealdade e fidelidade aos interesses sociais elencados na Lei nº 6.404, de 1976, e a observarem as normas regulamentares editadas pela CVM, sob pena de severas sanções administrativas, civis e penais.

De há muito, na doutrina pátria, à frente a emérita Professora Ada Pellegrini Grinover, e, agora, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os "direitos individuais homogêneos" são considerados direitos subjetivos, divisíveis, com titular certo e determinado ou determinável, em regra disponíveis e oriundos de causa comum, conforme acórdão unânime do Tribunal Pleno no julgamento do REext. nº 631.111 – Goiás, Rel. Min. Teori Zavascki.

Consoante assentaram, sem voz discrepante, os eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos se dá em duas fases: uma, destinada a obter sentença a respeito dos elementos que compõem o núcleo da homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeatur, quid debeatur* e *quis debeat*); outra, julgado procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada a definir as situações individuais de cada um dos lesados (o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*) e efetivar os atos executórios.

Aos que sustentam que a ação coletiva não se presta à defesa dos direitos e interesses de acionistas minoritários, respondo com categóricas afirmações do eminente Min. Teori, referendadas pelos demais integrantes do STF, das quais destaco: "... a proteção dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro e de capitais constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo" (p. 16 do v. acórdão).



Detalhe da imagem da capa

Da Teoria à Prática

A Interpretação Adequada da Súmula 713 do STF

Eliseu Antônio da Silva Belo*

Resumo

A Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte teor: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". Em função de sua redação, controverte-se na doutrina e na jurisprudência qual seria a sua interpretação adequada, para efeito de conhecimento da referida apelação. Indaga-se se, para tanto, os fundamentos de sua interposição devem ser inseridos pelo apelante apenas no termo de interposição do apelo, com expressa menção a uma ou mais das alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal, ou se eles poderiam ser extraídos pelo órgão julgador *ad quem* da peça destinada às respectivas razões recursais. Conclui-se, por diversos elementos interpretativos, que a segunda opção é a mais adequada, pois inclusive reflete a origem da própria Súmula 713 do STF, resguardando os direitos fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito recursal.

Palavras-chave

Tribunal do Júri. Apelação. Efeito Devolutivo. Súmula 713 do STF. Interpretação Adequada.

1. Introdução

Da sentença penal condenatória ou absolutória proferida nas sessões de julgamento do Tribunal do Júri, como se sabe, cabe a interposição do recurso de apelação, com fundamento legal no art. 593, III, do Código de Processo Penal, assim redigido:

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> [...];
>
> III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

* Promotor de Justiça do Ministério Público de Goiás. Especializado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
>
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Como se percebe, esse dispositivo legal expressamente aponta as hipóteses em que a apelação será cabível das decisões definitivas de condenação ou absolvição do Tribunal do Júri (por isso, ela é de fundamentação vinculada), sendo que sobre esse recurso foi editada a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Diante desse verbete sumular, indaga-se: Para o conhecimento do recurso de apelação nesses casos é preciso que o apelante insira, de forma expressa, a(s) alínea(s) acima transcrita(s), com base na(s) qual(is) deseja impugnar a decisão do Tribunal do Júri, no termo de interposição ou termo recursal; ou, por outro lado, basta que ele aponte os fundamentos legais de seu inconformismo nas respectivas razões da apelação, que podem ser apresentadas em momento posterior à interposição, conforme faculta o art. 600 do Código de Processo Penal?

A discussão em foco não tem contornos meramente acadêmicos, pois, se a primeira opção interpretativa for abraçada, ocorrerá a supressão do direito fundamental à ampla defesa[1] ao se vedar o acesso ao duplo grau de jurisdição, bem como o direito de o Ministério Público também questionar a sentença penal proferida, seja condenatória ou absolutória, ferindo o devido processo legal e o direito fundamental de amplo acesso à jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Não é por acaso, aliás, que o tema em questão provoca divergências na jurisprudência nacional, algumas vezes dentro do mesmo Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça de Goiás, por exemplo, por sua Segunda Câmara Criminal tem julgados diametralmente opostos, como os seguintes:

> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. JÚRI. APELO. TERMO DE INTERPOSIÇÃO VAGO E GENÉRICO. MATÉRIA NÃO ABRANGIDA PELAS ALÍNEAS DO INCISO III DO ARTIGO 593, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. *Em razão das peculiaridades das*

[1] Lembre-se que a Constituição Federal, em dispositivo específico sobre a organização do Tribunal do Júri, assegura, de forma expressa, a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, "a"). O Supremo Tribunal Federal, a propósito, tem asseverado que uma das facetas mais importantes da amplitude de defesa é justamente o direito de a parte ver os seus argumentos considerados pelo órgão julgador, o que também deve alcançar a esfera recursal. Nesse sentido, *cf. os seguintes precedentes: HC 108527, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013 e HC 118344, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 13-06-2014 PUBLIC 16-06-2014*.

> *quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, é o termo de apelação que delimita os fundamentos do recurso, e não as razões recursais, não vigendo em sua plenitude o princípio* tantum devolutum quantum appellatum*, sob pena de desobediência à soberania do veredicto do Conselho de Sentença, bem como ao aludido princípio, e de se incorrer em julgamento* extra petita*. Incidência dos ditames da Súmula nº 713, do Supremo Tribunal Federal.* II – [...]. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 136024-05.2012.8.09.0029, Rel. DES. JOÃO WALDECK FELIX DE SOUSA, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 05/11/2013, DJe 1426 de 13/11/2013)[2].
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. PRELIMINARES. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO À FUNDAMENTAÇÃO DO APELO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL QUE SE FUNDA A INSURGÊNCIA. MERA IRREGULARIDADE. As decisões do Tribunal do Júri revelam particularidades, sendo certo que, nesses casos, o efeito devolutivo da apelação criminal se restringe aos fundamentos da sua interposição. *Entretanto, a omissão do apelante em apontar, no termo de interposição do apelo, o argumento legal em que se embasa a insurgência, não impede o conhecimento da apelação, já que em suas razões restaram claros os motivos da impugnação. Precedentes do STJ.* 2- [...]. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 153371-14.2014.8.09.0051, Rel. DES. LEANDRO CRISPIM, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 10/11/2015, DJe 1924 de 04/12/2015) (grifo nosso).

Assim, saber qual desses dois posicionamentos jurídicos é o mais adequado, quanto à interpretação da Súmula 713 do STF, é o objetivo do presente trabalho.

2. Origem da Súmula 713 do STF

Os precedentes que deram origem à Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal são os seguintes: HC 76338, HC 76237, HC 71456, HC 71458 e HC 68878[3].

Um acurado exame do inteiro teor de todos eles revela que somente um deles cuida da questão sob exame de forma explícita, qual seja, o HC 71456, cuja ementa está assim redigida:

---

[2] Nessa mesma linha, *cf.: TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 232173-15.1999.8.09.0160, Rel. DES. JOÃO WALDECK FELIX DE SOUSA, 2ª CÂMARA* CRIMINAL, julgado em 22/05/2014, DJe 1553 de 30/05/2014 e TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 14780-09.2013.8.09.0051, Rel. DES. JOÃO WALDECK FELIX DE SOUSA, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 06/03/2014, DJe 1507 de 20/03/2014.

[3] Para conferir a data de publicação de cada qual, basta acessar o seguinte *link:* http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula. Acesso: 28.01.2016.

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. APELAÇÃO. JÚRI. LIMITAÇÕES. ÂMBITO DEVOLUTIVO. FUNDAMENTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO. ARRAZOAMENTO TEMPESTIVO. NULIDADE. ALÍNEA *A* DO INC. III DO ART. 593 DO CPP. NÃO CONHECIMENTO.
>
> A apelação da decisão do Júri comporta especificidades, entre as quais, a de que não é, por natureza, ampla, cabendo ao advogado, quando da interposição, o ônus de especificar os fundamentos, *podendo a omissão ser eventualmente suprida, definindo-se o âmbito devolutivo nas próprias razões, desde que tempestivamente oferecidas* (RE nº 80.423, RTJ 75/243).
>
> Na espécie, o advogado interpôs o recurso sem qualquer fundamento legal, tendo, no entanto, produzido razões, que foram admitidas pela Corte local, nas quais são invocadas as alíneas *b, c,* e *d,* do inc. III do art. 593 do Código de Processo Penal, o que importa concluir que a matéria referente a nulidades posteriores à pronúncia – no caso, impedimento ou suspeição de jurados, promotor e juiz-presidente – não constituiu objeto de devolução recursal.
>
> Subtraída do juízo natural, não pode o *habeas corpus* pretender o exame da questão, originariamente, em instância superior.
>
> *Habeas corpus* de que não se conhece. (HC 71456, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/11/1994, DJ 12-05-1995 PP-12988 EMENT VOL-01786-01 PP-00129) (grifo nosso).

Os demais não cuidam diretamente da questão, sendo que a maioria trata da aplicação da Súmula 160 do STF[4], de conteúdo diverso da Súmula 713. Note-se, ainda, que o HC 71458 apenas faz referência ao entendimento adotado pela Corte no HC 71456, ambos impetrados em favor do mesmo paciente, julgados pela mesma Turma no mês de novembro de 1994, e da relatoria do mesmo ministro, Ilmar Galvão.

Consoante se extrai da ementa acima transcrita, percebe-se que a expressão "fundamentos da sua interposição", contida na Súmula 713 do STF, abrange não apenas o termo de interposição da apelação em comento, que poderá ser juntado aos autos no prazo legal de cinco dias, mas também, isto é, inclusive, as respectivas razões recursais, as quais poderão ser protocoladas no prazo legal de oito dias, nos termos do art. 600 do Código de Processo Penal.

Como se não bastasse a clareza da ementa do aludido julgado, o relator do acórdão ressaltou em seu voto os seguintes trechos lapidares:

> Neste precedente, firmou-se a orientação no sentido de ser razoável o não conhecimento da apelação interposta da decisão do Júri sem

[4] Com o seguinte teor: "É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

> qualquer fundamentação, admitida, porém, a possibilidade do suprimento desta omissão pelas razões, desde que tempestivas [...].
>
> Portanto, se a parte deixa de indicar os fundamentos legais da apelação, valendo-se apenas de uma genérica alusão ao inconformismo, somente a apresentação de razões no prazo legal poderia superar a omissão, permitindo, então, fixar-se o âmbito da devolução material do recurso[5].

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando esse posicionamento em suas duas Turmas Criminais, segundo o qual os fundamentos da interposição da apelação, para efeito de delimitação do âmbito devolutivo desse recurso, nesses casos, devem ser extraídos também das respectivas razões recursais. Confira-se:

> STJ – PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPUGNAÇÃO DE JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JÚRI. DEVOLUTIVIDADE RESTRITA. SÚMULA 713 DO STF. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. [...]. 2. No caso presente, olvidou a defesa que os pontos indicados no *writ* não foram suscitados quando da interposição do recurso de apelação, sendo certo que, *a teor da jurisprudência deste Tribunal Superior e do pretório excelso, o apelo interposto contra as decisões do Tribunal do Júri tem devolutividade restrita, isto é, somente são devolvidas para exame as questões expressamente constantes nas razões da apelação, conforme enuncia a Súmula 713 do STF*: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". 3. [...]. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (*Habeas Corpus* nº 193.580/RS (2011/0000255-9), 5ª Turma do STJ, Rel. Gurgel de Faria. j. 24.02.2015, DJe 03.03.2015).
>
> STJ - PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT.* CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TESE DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. QUESTÃO NÃO DEDUZIDA EM APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DA APELAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO* POR SE TRATAR DE CONFISSÃO QUALIFICADA. ADMISSÃO DA AUTORIA DO

[5] Note-se que o STF, em 2005, reafirmou essa compreensão do tema, conforme se comprova em trecho da seguinte ementa: EMENTA: *HABEAS CORPUS. SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO MINISTERIAL PÚBLICA. DEVOLUTIVIDADE. SÚMULAS 160 E 713 DO STF. I – [...]. II – Naqueles casos em que a peça de interposição recursal é vaga, genérica, os limites de atuação da Corte de segunda instância hão de ser dimensionados pelas razões de apelação, desde que tempestivamente apresentadas. III – [...]. IV – Ordem concedida. (HC 85609, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 20-04-2006 PP-00014 EMENT VOL-02229-02 PP-00194) (grifo nosso).*

> FATO, PORÉM SOB O PÁLIO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (LEGÍTIMA DEFESA). RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS NÃO EVIDENCIADO. DECRETAÇÃO DA REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL (ART. 366 DO CPP). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...]. 3. Tratando-se de apelação interposta contra decisões do Tribunal do Júri, dotada de efeito devolutivo restritivo, *o conhecimento do recurso limita-se às questões efetivamente arguidas nas razões recursais*, não sendo devolvido ao Tribunal de 2º Grau o conhecimento amplo da matéria. Inteligência da Súmula 713/STF. Precedentes. 4. [...]. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 12 anos de reclusão. (*Habeas Corpus* nº 87.337/SP (2007/0169521-1), 6ª Turma do STJ, Rel. Nefi Cordeiro. j. 16.06.2015, DJe 25.06.2015) (grifo nosso).

A nosso ver, não poderia ser diferente[6].

Uma simples interpretação minimamente contextualizada da Súmula 713 do STF não pode prescindir dos seguintes elementos de consideração: a) o verbete sumular trata do efeito devolutivo de um dos mais importantes recursos em matéria de competência do Tribunal do Júri; b) a apelação é composta pelo termo de interposição e especialmente por suas razões recursais, de modo que o todo não pode ser tomado por apenas uma de suas partes[7]; c) por último, parece óbvio que fundamentar no

[6] A essa mesma conclusão chegaram alguns Tribunais de Justiça, destacando que a não alusão às alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal, no termo de interposição da apelação, seria uma mera irregularidade, sem aptidão, portanto, para impedir o conhecimento do recurso, consoante demonstram os seguintes julgados: Apelação Criminal nº 0053011-24.2009.8.13.0249 (1), 7ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Cássio Salomé. j. 25.06.2015, Publ. 03.07.2015; Apelação Criminal nº 1236860-23.2005.8.13.0701 (1), 6ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Furtado de Mendonça. j. 02.12.2014, Publ. 23.01.2015; e Apelação Criminal nº 2014.023862-6, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Rel. Getúlio Corrêa. j. 07.10.2014. *Mais recentemente, o Tribunal de Justiça de Goiás também passou a se posicionar dessa forma: TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 153371-14.2014.8.09.0051, Rel. DES. LEANDRO CRISPIM, 2ª CÂMARA* CRIMINAL, julgado em 10/11/2015, DJe 1924 de 04/12/2015 e TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 171769-97.2002.8.09.0093, Rel. DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 20/08/2015, DJe 1864 de 08/09/2015. *Na doutrina, segue essa posição, ora defendida: CAMPOS, 2010, p. 284.*

[7] Essa visão completa da apelação foi inclusive ressaltada, mais uma vez, pelo próprio STF de forma muito clara, em 2005, em precedente assim ementado, na parte que ora interessa: EMENTA: I. Habeas corpus: *competência do STJ e do STF: pressupostos. 1. Cuidando-se [...] das apelações contra as decisões do Tribunal do Júri, cuja devolução se restringe ao fundamento legal – dentre as quatro alíneas do art. 593, III, C. Pr. Penal – indicado na interposição ou, na falta de indicação expressa, ao versado nas razões (v.g., RE 80.423, 1ª T., 15.8.75, Moreira, RTJ 75/243; HHCC 54.717, 1º.3.77, 1ª T., Bilac, RTJ 81/48; 66.649, 6.12.88, 1ª T., Moreira, RTJ 127/929; 68.109, 26.3.91, 1ª T., Celso, RTJ 136/606; 68.854, 17.12.91, 2ª T., Borja, RTJ 140/138; HC 85.858 - ED, 1ª T., 22.6.05, Pertence, DJ 26.8.05; donde, a Súmula 713 do STF: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição"). 3. [...]. 1. A apelação da decisão do Júri é adstrita aos motivos invocados pelo apelante, quando da interposição, ou, ao menos, da apresentação tempestiva das razões, que complementam o recurso (v.g., RE 80.423, 15.8.75, 2ª T., Moreira, RTJ 75/243-7; RE 92.062, 29.4.80, 1ª T., Xavier, DJ 23.5.80; HC 59.486, 2ª T., 13.4.82, Moreira, DJ 21.5.82). 2. [...]. (HC 85702, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE,*

Direito (a Súmula contém a palavra "fundamentos") é expor argumentos (e não somente apontar fragmentos de um dispositivo legal), sendo que o local adequado para isso é exatamente a peça em que são delineadas as razões recursais. Ademais, o interesse recursal da parte que apela somente será exposto, em todos os seus aspectos, no articulado reservado às razões da apelação[8].

Portanto, o entendimento radical e meramente formalista[9] de alguns julgados de Tribunais de Justiça do país, no sentido de que esses fundamentos devem ser extraídos somente do termo de interposição da apelação[10], mediante uma singela referência às alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal, está claramente equivocado[11] e em total descompasso quanto ao que foi definido, há mais de vinte anos, no HC 71456, já referido, que deu origem ao teor da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, provocando graves prejuízos não apenas à vigência do citado dispositivo legal, mas especialmente aos direitos fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal no seu desdobramento ligado ao duplo grau de jurisdição.

3. Conclusão

Ante o exposto, pode-se concluir que a interpretação juridicamente adequada da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal é aquela em que os fundamentos da

---

Primeira Turma, julgado em 13/09/2005, DJ 07-10-2005 PP-00027 EMENT VOL-02208-02 PP-00298 LEXSTF v. 28, nº 327, 2006, p. 383-398) (grifo nosso). Na doutrina, mostra-se muito apropriada a seguinte passagem: "[...] não podemos conceber uma apelação sem as respectivas razões. Como poderia a parte contrária apresentar contrarrazões? Como poderia o Tribunal identificar nos autos o erro que ensejou o apelo? Querer que o Tribunal analise todo o processo para, com olhos de Defensor, identificar o motivo que permitiu a apelação, é querer jogar a barra bem longe...". In: TOURINHO FILHO, 2013, p. 871.

[8] Não é por outro motivo que o Min. Sepúlveda Pertence, certa feita, consignou o seguinte pensamento: "Porque [as razões do apelo] o complementam, a ponto de especificar o motivo legal de sua interposição, nada impede que as razões, como no caso, especifiquem ainda mais a causa de pedir, à qual ficará adstrito o Tribunal [...]". Trecho do voto proferido no HC citado na nota de rodapé anterior.

[9] Na doutrina, essa posição, ora combatida, é acolhida por: NUCCI, 2011, p. 382; *idem, 2015, p. 827-8 e MIRABETE, 2005, p. 694. Importante destacar que o princípio da instrumentalidade das formas também tem inteira aplicação na esfera processual penal. Com esse enfoque, checar o seguinte artigo: BELO, 2015, XXX. Cf., ainda, o seguinte trecho de julgado da Primeira Turma do STF: "O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não encerram fins em si mesmos, mas meios de se garantir um processo justo e equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal" (extraído do HC 111472, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013).*

[10] Nessa linha, podem ser citados os seguintes precedentes: Apelação Criminal nº 2011.005618-0, 1ª Câmara Criminal do TJAM, Rel. Encarnação das Graças Sampaio Salgado. DJe 13.12.2012; Apelação Criminal nº 20141110012460 (884614), 2ª Turma Criminal do TJDFT, Rel. Silvânio Barbosa dos Santos. j. 30.07.2015, DJe 04.08.2015; e Apelação Criminal nº 20140111858334 (878596), 2ª Turma Criminal do TJDFT, Rel. José Carlos Souza e Ávila. j. 02.07.2015, DJe 07.07.2015.

[11] E estimula uma atitude até infantil e pitoresca da parte que conhece essa posição jurisprudencial, no sentido de ter ela de mencionar, no termo de interposição da apelação, todas as alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal, a fim de não correr o risco de seu recurso não ser conhecido pelo Tribunal, para, em um segundo momento, atacar, nas razões, apenas as matérias que realmente lhe interessam. Veja-se, com expressa menção a essa situação, os seguintes precedentes: Apelação Criminal nº 20070110822935 (878617), 3ª Turma Criminal do TJDFT, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa. j. 02.07.2015, DJe 07.07.2015 e Apelação Crime nº 70043430610, 2ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Rosane Ramos de Oliveira Michels. j. 08.05.2014, DJ 01.07.2014.

interposição do recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri, para exame da delimitação de seu efeito devolutivo, devem ser retirados tanto do termo de interposição recursal, quanto das respectivas razões recursais, desde que estas sejam igualmente tempestivas[12].

Pensar de forma diversa, no sentido de que a expressão "fundamentos da sua interposição", contida na Súmula em comento, exige que tais fundamentos legais sejam apenas mencionados de forma expressa no termo de interposição da apelação, a par de conflitar com a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal (e com a própria origem jurisprudencial de sua Súmula 713), importa acolher um formalismo exacerbado, de todo incompatível com o princípio da instrumentalidade das formas, provocando a supressão dos direitos fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal, ao vedar de forma inconstitucional o acesso ao duplo grau de jurisdição, cuja garantia legal está contida no art. 593, III, do Código de Processo Penal.

Referências

BELO, Eliseu Antônio da Silva. Quando o apego excessivo à forma impede a mínima realização da Justiça. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*. Goiânia, ano XVIII, nº 8, p. 265-302, jul./dez. 2015.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

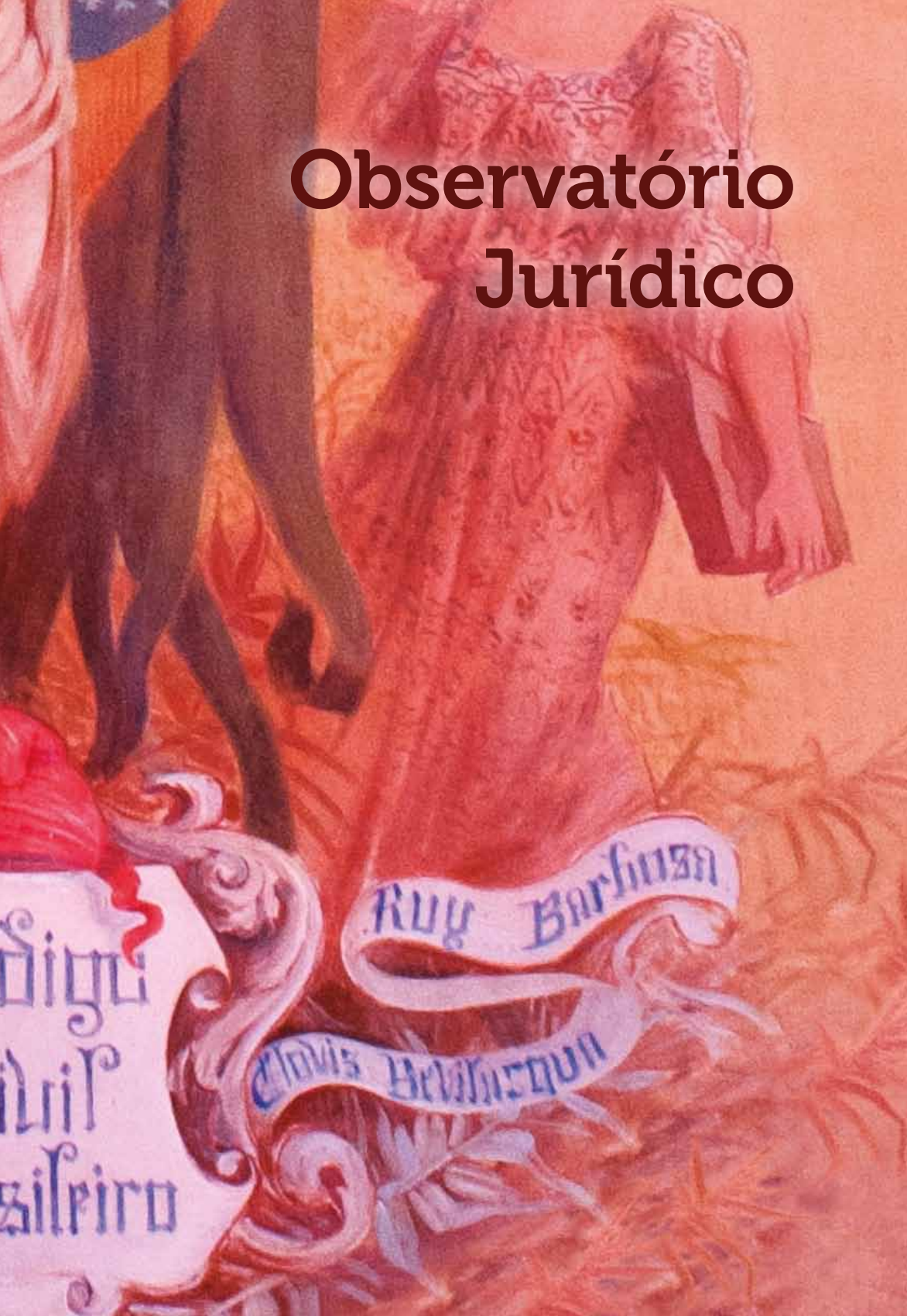
_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[12] No mesmo sentido, *cf., ainda, o HC 263.087-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 5/4/2016, noticiado no Informativo STJ nº 580, do qual se extrai a seguinte passagem: "[...] embora no momento da interposição do recurso de apelação o Órgão Ministerial não tenha especificado a matéria, ela foi explicitamente debatida nas razões de recurso, merecendo, por conseguinte, conforme entendimento do STJ, ser analisada pelo Tribunal de origem por força do aspecto da profundidade do efeito devolutivo. Em outros termos, são as razões recursais que corporificam e delimitam o inconformismo, e não a petição de interposição do recurso, considerando a função precípua de esta cumprir o requisito formal de apresentação da insurgência recursal. Precedentes citados: HC 139.335-DF, Quinta Turma, DJe 3/11/2011; e REsp 503.128-SP, Quinta Turma, DJ 22/9/2003" (grifo nosso).*

Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



• • •

Processo Administrativo. Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Rio de Janeiro. Abertura de crédito suplementar no orçamento do Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Emerson Garcia*

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Processo MPRJ nº 2014.01063463.

Requerente: Secretaria de Planejamento e Finanças.

Ref.: Utilização pelo Poder Executivo de parte de superávit primário do Ministério Público relativo ao exercício de 2013 – Processo nº E-01/004/1496/2014.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de Processo Administrativo em trâmite na Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Rio de Janeiro, visando à abertura de crédito suplementar, no orçamento do Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, proveniente de superávit financeiro apurado no balanço patrimonial de 2013.

2. A solicitação de abertura de crédito suplementar tem como finalidade cobrir despesas com construção, ampliação, reforma das dependências e aquisição de imóveis destinados ao Ministério Público.

3. O corpo técnico da Secretaria de Planejamento e Finanças dessa Instituição, após minuciosa análise financeira no orçamento Institucional, apurou o referido superávit no valor de R$ 17.490,171,15 (dezessete milhões, quatrocentos e noventa mil, cento e setenta e um reais e cinco centavos), conforme discriminado nos presentes autos.

* 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).

4. Ocorre que a Auditoria Geral da Secretaria de Estado de Fazenda informou que parte do superávit apurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro já fora contabilmente transferido, ao Executivo, por meio do Processo E-07/076/6/2014. Portanto, a eventual abertura do crédito suplementar em favor do Fundo Especial do Ministério Público estaria adstrita ao valor de R$ 8.633.810,16 (oito milhões, seiscentos e trinta e três mil, oitocentos e dez reais e dezesseis centavos), não utilizados pelo Poder Executivo, salvo, obviamente, se fosse providenciado o retorno do crédito original.

5. Os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica para análise.

II

6. A autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, inclusive com a previsão de dotação orçamentária específica, já foi consagrada pela Lei Complementar nº 40/1981 (art. 4º), cuja edição fora autorizada pela Emenda Constitucional nº 7/1977. Com o advento da Constituição de 1988, que conferiu contornos mais nítidos à posição do Ministério Público no cenário jurídico, além do redimensionamento das atividades finalísticas da Instituição, foi mantida a sistemática anterior no art. 127, § 3º. Trata-se de dispositivo essencial, verdadeira pedra angular da autonomia da Instituição e da independência de seus membros, isso porque certamente não passariam de vãos ideários acaso ausentes os recursos financeiros necessários à sua estruturação e manutenção.

7. Nesse particular, a consagrada autonomia financeira, administrativa e funcional dos Ministérios Públicos dos Estados foi objeto de previsão específica nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.625/1993. O parágrafo único do art. 3º dispõe que "as decisões do Ministério Público fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas". Esse preceito não deixa margem a dúvidas quanto à completa autonomia do Ministério Público em relação aos demais poderes, em especial ao Executivo. Atuando *secundum legem*, será o Ministério Público o senhor de seus próprios atos, os quais não estão sujeitos à autorização ou ao referendo de qualquer outro órgão.

8. De acordo com o art. 4º da Lei nº 8.625/1993, "o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, encaminhando-a diretamente ao Governador do Estado, que a submeterá ao Poder Legislativo". Os parágrafos do preceito, por sua vez, dispõem que "os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues até o dia vinte de cada mês, sem vinculação a qualquer tipo de despesa" (§ 1º) e que "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido na Lei Orgânica" (§ 2º).

9. No tocante à dotação orçamentária, por evidente, múltiplos órgãos e instituições a possuem. Todo feixe de competências existente em um ente estatal, regra geral, necessita de recursos financeiros para bem desempenhar o seu mister. Os Departamentos Penitenciários, os Departamentos de Conservação de Estradas, as múltiplas Secretarias, enfim, todos os órgãos do Poder Executivo são contemplados com dotações orçamentárias. Aqui começa e termina a similitude com o Ministério Público e com os demais Poderes. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão que dela resulta: as dotações dos referidos órgãos derivam de proposta orçamentária elaborada pelo Poder Executivo e são por ele geridas, sendo comum a existência de autorização legislativa específica para o remanejamento de tais dotações de um órgão para outro, sempre ao alvedrio do governante.

10. As dotações orçamentárias do Ministério Público e dos demais Poderes, ao revés, resultam de proposta orçamentária por eles elaborada e somente eles, por seus respectivos Chefes, podem movimentá-las, o que é consequência direta de sua autonomia financeira. Nesse sentido, tem-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: "Grave lesão à ordem pública e administrativa e às finanças estaduais, imputável à decisão liminar, em mandado de segurança, por meio do qual se atribuiu a disponibilidade das dotações orçamentárias do Ministério Público, por outrem, que não a legítima ocupante do cargo de Procurador-Geral de Justiça de Tocantins". Essa conclusão, aliás, deriva da própria regra constitucional de repasse dos duodécimos, pois, fosse permitido ao Executivo remanejar a dotação consignada em favor de tais órgãos independentes, não mais haveria que se falar na forma de repasse consagrada no art. 168 da Constituição, pois a dotação originária seria paulatinamente reduzida, o que, ao ser dividida em doze partes, importaria na transferência de montante inferior àquele que resultaria da operação realizada com a dotação integral, culminando em nítida afronta ao texto constitucional. Sendo as dotações orçamentárias imprescindíveis à própria existência do Ministério Público e dos demais Poderes, evitando que sejam inferiorizados ou mesmo absorvidos pelo Poder Executivo, a conduta do governante que venha a remanejar indevidamente as dotações orçamentárias de tais entes poderá configurar o crime de responsabilidade previsto no art. 85, VI, da Constituição ("São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VI – a lei orçamentária) e no art. 10, 2, da Lei nº 1.079/1950 ("São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: (...) 2) exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento"), preceito este extensivo aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal por força do art. 74 da Lei nº 1.079/1950 ("Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crime nesta Lei").

11. O Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, ao examinar a ADI nº 2.238-5, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, por unanimidade, entendeu ser ilegítima a prevalência outorgada ao Executivo na prática de medidas de contingenciamento de dotações orçamentárias, conforme expressamente dispunha

o art. 9º, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2000. Em que pese reconhecer a existência de limites específicos à realização da despesa pública, quer no âmbito constitucional, quer na esfera da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendeu o Tribunal que somente o Ministério Público e os demais Poderes poderiam contingenciar as dotações orçamentárias que receberam, não o Executivo.

12. Ainda em relação à autonomia do Ministério Público na gestão dos recursos alocados em prol da Instituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal, fartamente a reconhece: a) o Ministério Público é tratado como órgão da União ou do Estado, estando no mesmo patamar dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 1º, § 3º); b) verificada a retração na realização das receitas, caberá ao Ministério Público (e não ao Executivo!) promover, "por ato próprio e nos montantes necessários", a limitação de empenho e movimentação financeira (art. 9º, *caput*); c) o Poder Executivo deve disponibilizar ao Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do encaminhamento de sua proposta orçamentária, os estudos e as estimativas de receitas para o exercício subsequente (art. 12, § 3º); d) os Ministérios Públicos dos Estados e da União têm limites próprios para a realização de despesas com pessoal, os quais não se confundem com os do Executivo (art. 20, I, *d* e II, *d*); e) é expressamente prevista a sujeição do Ministério Público às normas de controle da despesa total com pessoal (arts. 21, parágrafo único; 22, parágrafo único; e 23, *caput* e § 4º, todos combinados com art. 20, § 2º, I); f) o Ministério Público está sujeito às normas de contenção dos restos a pagar (art. 42 combinado com art. 20, § 2º, I); g) o Ministério Público, a exemplo dos demais Poderes, deve emitir relatório resumido da execução orçamentária (art. 52) e da gestão fiscal (art. 54, IV); h) o Ministério Público deve prestar contas ao Tribunal de Contas (art. 56); i) o Ministério Público deve manter sistema de controle interno de suas contas, estando, igualmente, sujeito à fiscalização do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 59); j) o conselho de gestão fiscal, responsável pela avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal, será integrado por representantes de todos os Poderes, do Ministério Público e da sociedade civil (art. 67); k) a partir da entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ministério Público adequou a sua despesa total com pessoal e com serviços de terceiros aos limites previstos em lei (arts. 71 e 72).

13. Como se constata, em nenhum momento o sistema concebe o Ministério Público como mero apêndice de outro Poder, mas, sim, como uma Instituição dotada de individualidade própria e sujeita às mesmas obrigações dos demais órgãos independentes. Consagra-se, assim, a garantia do *self-government*, detendo o Ministério Público total autonomia para a gestão das dotações consignadas na lei orçamentária, arcando com o ônus daí decorrente. A Constituição da República, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei de Responsabilidade Fiscal apresentam um nítido encadeamento lógico, garantindo e operacionalizando a autonomia financeira do Ministério Público.

14. A preocupação com uma gestão fiscal séria e eficiente pode ser igualmente constatada pelo teor do § 6º do art. 127 da Constituição da República, com a redação

dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *verbis*: "Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais".

15. Conforme visto, o tratamento de recursos disponíveis e aqueles decorrentes de superávit financeiro, bem como o ato de transferência para o Fundo Especial do Ministério Público, que nada mais é do que uma unidade financeira específica da própria Instituição, são matérias estranhas ao Poder Executivo.

16. Soma-se, ainda, a constatação de que os recursos em tela, oriundos de superávit, estão a indicar que a Instituição teve uma gestão responsável e não excedeu os gastos necessários ao seu custeio. Consequentemente, a transferência dos recursos para o Fundo Especial do Ministério Público, no orçamento deste ano, permitirá a sua utilização na infraestrutura administrativa e institucional, nos termos referidos nestes autos.

III

17. Por todo o exposto, sugere esta Consultoria Jurídica seja o Chefe do Poder Executivo informado a respeito da inusitada situação narrada nestes autos, como medida prévia à submissão da matéria à apreciação do Poder Judiciário.

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2014.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Contrarrazões em agravo de instrumento. Agravante que se insurge contra o deferimento de liminar de antecipação dos efeitos da tutela em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em matéria ambiental.

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: Instituto Estadual do Meio Ambiente – INEA

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravo de Instrumento nº: 0043320-47.2013.8.19.0000

11ª Câmara Cível

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.)* nos autos do processo em epígrafe, fazendo-o nos termos dos argumentos de fato e de direito a seguir expostos.

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDA CÂMARA CÍVEL
DD. PROCURADOR DE JUSTIÇA

1. DO BREVE RESUMO DA DEMANDA

O INEA – Instituto Estadual do Meio Ambiente interpõe o presente recurso de agravo de instrumento buscando a reforma da r. decisão de fl. 388/413, proferida pelo Juízo *a quo*, que determinou, 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

* 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.

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, fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado 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, sem prejuízo, 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 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) incompetência absoluta do juízo prolator da

decisão liminar (iii) 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 Da Alegada Incompetência Absoluta do Juízo

Considerando todas as normas jurídicas aplicáveis às regras de competência para o exercício judicial da tutela coletiva, quais sejam, artigo 2º da Lei nº 7347/1985 e 93, inciso II do CDC, fácil notar que as demandas deverão ser propostas no foro do local do dano ou do potencial dano.

Cabe mencionar que o critério de competência, apesar de territorial, tem nítida vertente absoluta, na medida em que o legislador na parte final do artigo 2º, *caput* da Lei nº 7347/1985, preconiza que o juízo terá competência funcional para o feito. Assim, o prisma funcional do fundamento do critério fixador da competência prepondera.

Neste sentido, vale destacar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.057.878 – RS (2008/0105088-5). PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO – AMBIENTAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI Nº 7.347/1985. 11. Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão "competência funcional" prevista no art. 2º, da Lei nº 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova.
>
> RECURSO ESPECIAL Nº 811.773 – SP (2006/0013479-8) – RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX – PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DELIMITADA – PELO LOCAL DO DANO (ART. 2º DA LEI Nº 7347/1985). AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. A regra *mater* em termos de dano ambiental é a do local do ilícito em prol da efetividade jurisdicional. Deveras,

proposta a ação civil pública pelo Município e caracterizando-se o dano como local, impõe-se a competência da Justiça Estadual no local do dano, especialmente porque a *ratio essendi* da competência para a ação civil pública ambiental, calca-se no princípio da efetividade, por isso que, o juízo do local do dano habilita-se, funcionalmente, na percepção da degradação ao meio ambiente posto em condições ideais para a obtenção dos elementos de convicção conducentes ao desate da lide. Precedente desta Corte: REsp 789513/SP, DJ de 06.03.2006. 2. A competência cível da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, é definida *ratione personae*, e, por isso, absoluta, determinada em razão das pessoas que figuram no processo como autoras, rés, assistentes ou oponentes. Nesse sentido confiram-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte: CC 47.915/SP, DJ de 02.08.2005; CC 45475/SP, DJ de 16.05.2005 e CC 40.534/RJ, DJ de 17.05.2004. 3. Na hipótese *sub examine* a ausência de manifestação da União ou de quaisquer das pessoas elencadas no art. 109, I, da Constituição Federal acerca do interesse de ingresso no feito em que seja parte empresa privada concessionária de serviço público federal e município, revela a competência Justiça Estadual para processar e julgar a ação. 4. Por fim, consigne-se, o Tribunal local, com ampla cognição sobre o contexto fático probatório, consignou que: "o alegado dano ambiental, que ensejou a propositura da demanda, em princípio, afeta exclusivamente os habitantes da comuna (*cf.* Petição inicial - fls.18/58), não tendo sido demonstrado o interesse jurídico da União na espécie." (fl. 146). 5. Sobre o thema, sobreleva notar, julgado desta Corte no sentido de que: "A competência para processar e julgar a ação civil pública por prejuízos ao meio ambiente é a do foro do local onde ocorrer o dano (Lei nº 7347/1985, art. 2º), ou seja, da Justiça Federal ou da Justiça Estadual que exerça jurisdição sobre aquele foro. Não evidenciado o interesse da União, de suas autarquias ou de suas empresas públicas, não se caracteriza a competência da Justiça Federal, cujas hipóteses são taxativamente enumeradas na Constituição da República. Assim sendo, a ação civil pública deve ser julgada pela Justiça do Estado onde ocorrido ou venha a ocorrer o dano." (REsp 789513/SP, DJ de 06.03.2006) 6. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 7. Recurso especial desprovido.

Não é possível se confundir, portanto, como pretendem os réus, os institutos da competência com a eficácia subjetiva e objetiva da coisa julgada material, advindas do conteúdo do dispositivo da decisão judicial final e, tampouco, com a autoridade da coisa julgada material.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em voto (vencedor) lapidar exarado nos autos do RESP 1243887/PR, assim se posicionou:

> Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão. A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível". É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum judicatum, quantum disputatum veldisputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação à parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou

> que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

Nesse sentido é o magistério de Rodolfo de Camargo Macuso[1], alinhando-se às ácidas críticas de Nelson Nery e José Marcelo Menezes Vigilar:

> Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito.
>
> Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito "coisa julgada", e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária.

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. nº 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, "esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit*. p. 8), "atomizando" as lides na contramão do moderno processo de "molecularização" das demandas.

Com efeito, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Civis Públicas formam, em conjunto, um microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema.

---

[1] Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 322-332.

Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC[2].

Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial.

Esse também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover[3]:

> O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação.

O artigo 16 da LACP, ao preconizar a limitação territorial da eficácia *erga omnes* padece de grave equívoco técnico ao confundir os institutos supracitados, conforme restou decidido no seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança.

---

[2] Art. 93 Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Art. 103 Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2° Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3° Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

[3] Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 942.

Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido.[4]

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos

[4] RESP 411529/SP – TERCEIRA TURMA.

> os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/1997. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.[5]

No caso presente, o dano é, ao menos, em potencial (risco), decorrente da violação da finalidade legal prevista pelo art. 36 da LSNUC. Com o direcionamento ilegal dos recursos originados da obrigação legal criada por aquela norma a uma entidade privada, que cobra para administrá-los, não presta contas ao TCE e efetua contratos sem licitação para geri-los, é mais do que provável que a manutenção ou a implementação da criação do PECS e de outras unidades de conservação inseridas ou possíveis na Região dos Lagos de forma prejudicial à sua eficiência máxima e à isonomia de candidatos interessados em prestar os serviços equivalentes. O prejuízo ou ao menos o risco de prejuízo ambiental é proporcional a potencial lesão ao Erário.

Justifica-se, assim, a competência desse r. Juízo para apreciar e julgar a presente ação civil pública e seus pedidos.

Por todo o exposto, entende o Ministério Público que a preliminar ao mérito de incompetência absoluta ventilada pela parte não merece acolhida, devendo o feito permanecer em curso perante este juízo.

2.2 Da Aplicação da *Translatio Iudicii*

No Brasil, o princípio da *translatio iudicii* e a reassunção do processo fazem parte do sistema processual civil, sem que essas denominações sejam expressamente adotadas. Trata-se da reassunção do processo e remessa dos autos ao juízo competente, nos casos em que é declarada a incompetência relativa e a absoluta.

Na primeira hipótese, há o aproveitamento de todos os atos (inclusive decisórios) e, na segunda, os atos de caráter decisório são considerados nulos e os demais são conservados. Ocorre, todavia, que as regras já previstas no ordenamento pátrio não são suficientes para resolver todos os casos concretos. Da análise da legislação pátria, constata-se que, opta-se por anular o processo ou os atos decisórios, ao invés de se adotar a *translatio iudicii* e a reassunção do processo, sob fundamentos inconstitucionais, que violam os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Por outro lado, não há estudo aprofundado sobre os efeitos processuais (por exemplo, *perpertuatio iurisdicionis* e litispendência) e materiais (por exemplo, interrupção da decadência e prescrição) dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente.

[5] RESP 1243887/PR.

Desse modo, impende analisar a aplicabilidade da *translatio iudicii* e a reassunção do processo no direito processual civil brasileiro, à luz dos princípios constitucionais, os efeitos processuais e materiais dos atos realizados perante o juízo considerado incompetente e propor soluções diferentes das atualmente empregadas pelo legislador.

Na doutrina merece destaque a lição oferecida por José Miguel de Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wambier[6]:

> De acordo com o artigo 113, §2º do CPC, reconhecida a incompetência absoluta os atos decisórios serão nulos. Não nos parece correto entender, com fundamento nesta regra processual, que, reconhecida a nulidade, devam ser imediatamente cassados os efeitos da decisão judicial. Segundo pensamos, nos casos em que o vício resume-se à incompetência do juízo do qual emanou a decisão judicial, devem os efeitos (substanciais e processuais) ser conservados, até que outra decisão seja proferida pelo juízo competente.

No mesmo sentido, vale citar as lições de Luis Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart[7]:

> (...) o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente." Como a decisão que concede tutela cautelar é, sem dúvida, um "ato decisório", caso o juiz que a concedeu seja declarado, mais tarde, absolutamente incompetente para a causa, a sua decisão que deferiu a tutela cautelar deverá ser considerada nula. Não obstante, diante da circunstância de que o desaparecimento da tutela cautelar pode sujeitar o litigante a grave dano, não há razão para entender que a tutela cautelar deva perder a sua eficácia antes de ter a sua legitimidade aferida pelo juízo competente. Neste caso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, frisando o direito à segurança da efetividade da tutela do direito, impõe-se sobre o dado de que será mantida a eficácia de uma tutela cautelar concedida por juiz absolutamente incompetente.

Na jurisprudência, por seu turno, merece destaque o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

---

[6] *Processo Civil Moderno, parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, vol.1, p. 101.

[7] *Curso de Processo Civil:* processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA DE URGÊNCIA DECRETADA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. Ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente, é válida a decisão que, em ação civil pública proposta para a apuração de ato de improbidade administrativa, tenha determinado — até que haja pronunciamento do juízo competente — a indisponibilidade dos bens do réu a fim de assegurar o ressarcimento de suposto dano ao patrimônio público. De fato, conforme o art. 113, § 2º, do CPC, o reconhecimento da incompetência absoluta de determinado juízo implica, em regra, nulidade dos atos decisórios por ele praticados. Todavia, referida regra não impede que o juiz, em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, determine, em caráter precário, medida de urgência para prevenir perecimento de direito ou lesão grave ou de difícil reparação. REsp 1.038.199-ES, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 7/5/2013.

Assim, ainda que V. Exa. entenda pelo acolhimento da preliminar ao mérito de incompetência absoluta, o que só se ventilada à guisa de argumentação, pugna o Ministério Público pela aplicação do instituto da *translatio iudicii*, nos exatos termos propostos pela doutrina citada, quais sejam, os atos decisórios deverão ser mantidos até que o juízo absolutamente competente se pronuncie.

2.3 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 com pouca ou nenhuma distinção entre o convênio e 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" (art. 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 – imprescinde 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.

2.4 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 convenente 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 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/11B71Vl), 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, aufere 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 dos requisitos de validade "planilha de custo detalhada, acompanhada de justificativa detalhada dos preços obtidos, preferencialmente através de pesquisa, no mínimo, junto a três fornecedores".

2.5 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 também impõe o controle pelas Cortes de Contas.").

2.6 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 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/14lGqim) 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. entre 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 certames 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 convites, 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 aos 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 (entre 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 do 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 aprouvesse.

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.

IV. 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 lógico e erros conceituais cuja demonstração não é necessária quando são revelados o conteúdo de normas que aquele não discute.

2.7 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 x FI, onde CA é o valor da compensação, VR é o somatório dos investimentos do projeto e GI 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 pressupõem 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[8] 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[9] 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 8437/1992.

[8] 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.

[9] 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.

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.

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. Em face da 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: art. 5º, incisos LIV e LV, 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XXI, 70, parágrafo único e 225 da CRFB; arts. 2º, 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, art. 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, 11 de fevereiro de 2014.

FABRÍCIO ROCHA BASTOS

Promotor de Justiça

Parecer em representação por inconstitucionalidade. Lei municipal que estipula limite para comprometimento das receitas originárias previstas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, em virtude de crise financeira.

Joana Machado*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSO Nº 0020685-04.2015.8.19.0000

Representação por Inconstitucionalidade
Relator: Des. José Carlos Varanda dos Santos
Representante: Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro
Representada: Câmara Municipal de Rio das Ostras

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito Constitucional. Representação por Inconstitucionalidade da Lei nº 1.890, de 27 de fevereiro de 2015, do Município de Rio das Ostras, que "Estipula limite para comprometimento das receitas originárias previstas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, em virtude da crise financeira motivada pela redução dos respectivos repasses". Preliminar de ausência de pertinência temática que deve ser rejeitada, por ser a representante legitimada universal. Inexistência de inconstitucionalidade formal por usurpação de competência da União para dispor sobre contratos, contratos administrativos e parceria público-privada. Matéria de interesse local e suplementar à legislação estadual e federal. Alegação de inconstitucionalidade material, por violação ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido, à segurança jurídica e à irretroatividade das leis. Disposição expressa de retroatividade da norma cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. Interpretação conforme a Constituição para aplicação dos efeitos da lei somente aos contratos firmados posteriormente à vigência da norma. Procedência parcial da Representação.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL
I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade ajuizada pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, cujo objeto é a Lei n° 1.890, de 27 de fevereiro de 2015, do Município de Rio das Ostras, que "Estipula limite para comprometimento das receitas originárias previstas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal, em virtude da crise financeira motivada pela redução dos respectivos repasses".

Aduz a Representante, em suma, que a lei impugnada padece de inconstitucionalidades formais e materiais, a saber: (i) viola a competência legislativa da União em matéria de contratos, contratos administrativos e parceria público-privada, em afronta ao art. 22, incisos I e XXVII, da CRFB/1988 e art. 358 da CE/RJ; (ii) ofende o art. 366 da CE/RJ, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ao pretender retroagir os seus efeitos a atos praticados antes de sua vigência.

Requer, ainda, o deferimento de medida cautelar, na forma do § 2º do art. 105 do Regimento Interno do TJ/RJ, para suspender os efeitos da expressão "em vigor" constante do parágrafo único, do art. 1º, da Lei Municipal nº 1.890/2015 e da expressão "produzindo efeitos financeiros a partir de 01 de janeiro de 2015", constante do artigo 2º, apontando a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Por fim, requereu, alternativamente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade total da norma, a interpretação conforme a Constituição para "afastar a sua aplicação aos contratos aperfeiçoados antes da data de sua vigência, notadamente quanto às expressões 'em vigor' e 'produzindo efeitos financeiros a partir de 01 de janeiro de 2015' constantes do artigo 2°, da mesma Lei".

A Câmara Municipal de Rio das Ostras, às fls. 33/43, prestou informações, sustentando, no mérito, a constitucionalidade da lei, pelos seguintes fundamentos: (i) a legislação municipal impugnada não afeta os contratos celebrados entre a administração pública e particulares, consistindo, tão somente, em "contingenciamento de verbas públicas, em decorrência de crise do petróleo" (fl. 35); (ii) os contratos administrativos necessariamente trazem em seu bojo a cláusula *rebus sic stantibus*, que decorre do regime jurídico de direito público da avença – portanto, em razão da diminuição da receita oriunda dos *royalties* do petróleo, estaria o Município autorizado a realizar tal medida, em prol do interesse público. (iii) Defende, ainda, uma postura de autocontenção judicial, em prol da higidez da legislação municipal e do equilíbrio orçamentário.

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 46/51, se manifestou, opinando pela inexistência de inconstitucionalidade formal, por entender presente a competência legislativa do ente municipal para legislar sobre direito financeiro, matéria de competência concorrente dos entes federativos, de forma suplementar, havendo interesse local, na dicção do art. 24, I, da CRFB/1988 e do art. 74, I da CE/RJ. Porém, quanto à inconstitucionalidade material, opina pela procedência, tendo em conta que a legislação municipal, ao expressamente pretender retroagir seus efeitos a contratos em vigor, viola a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito.

Às fls. 62/86, constam informações prestadas pelo Exmo. Sr. Prefeito do Município de Rio das Ostras, pugnando pela total improcedência da Representação por Inconstitucionalidade, com seguintes argumentos: (i) preliminarmente, alega a ilegitimidade ativa da Mesa Diretora da ALERJ, por ausência de pertinência temática para impugnar legislação municipal; (ii) no mérito, defende a realização da ponderação de interesses entre a força obrigatória dos contratos e o atendimento do interesse público primário, principalmente, em tempos de crise; (iii) a necessidade de autocontenção judicial no exercício da jurisdição constitucional, em prol do equilíbrio orçamentário do Município; (iv) a previsão, na Lei de Responsabilidade Fiscal, de limitação de empenho.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a) Preliminares

Quanto à alegação de ilegitimidade ativa por ausência de pertinência temática, esta não procede, já que a Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro possui legitimidade universal para a propositura de Representação por Inconstitucionalidade de norma municipal ou estadual, cujo parâmetro de controle é a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por força do *caput* do art. 162 da CE/RJ.

Por óbvio, não há exigência de demonstração de pertinência temática para a propositura de Representação por Inconstitucionalidade – controle de constitucionalidade em âmbito estadual – pela Mesa da Assembleia Legislativa, cujo interesse será sempre a defesa da Constituição Estadual.

Quando a Procuradoria-Geral do Município de Rio das Ostras cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exigindo a comprovação de pertinência temática à Mesa da Assembleia Legislativa, tal comando é perpetrado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Portanto, há, inevitavelmente, uma confusão da Procuradoria em relação à legitimidade da Mesa da Assembleia Estadual em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF, cujo parâmetro de controle é a Constituição da República e não a Constituição Estadual. Ora, são ações distintas e com parâmetros normativos igualmente distintos. Para fins de equiparação da legitimidade da Mesa da Assembleia na Representação de Inconstitucionalidade, deve-se analisar a legitimidade da Mesa do Senado e da Mesa da Câmara dos Deputados na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é universal.

Dessa forma, não há dúvida quanto à legitimidade ativa da representante para a propositura da presente ação.

b) Mérito

A lei impugnada estipula o limite de 15% (quinze por cento) de receitas oriundas de *royalties* e participações especiais recebidas pelo Município de Rio das Ostras para pagamento de garantias contratuais.

Verifica-se que a legislação municipal versa sobre os recursos previstos no art. 20, § 1º, da CRFB/1988, que possui a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 20 (...)
>
> (...)
>
> § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, *participação no resultado da exploração* de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

As chamadas participações governamentais, no caso da exploração de petróleo e gás natural, percebidas por força de contratos de concessão regidos pela Lei Federal nº 9.478/1997, são de quatro espécies, na dicção do art. 45 da mencionada legislação federal e do art. 1º do Decreto Federal nº 2.705/1998: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; e (iv) pagamento pela ocupação ou retenção da área.

Essas participações governamentais configuram-se como *receitas originárias de cada ente federativo* onde se localizam os recursos minerais. Assim destaca Fabrício do Rozario Valle Dantas Leite, em artigo publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, *verbis:*

> Esta entrada que, por força do § 1º do art. 20 da Constituição, pode ser uma *participação no resultado* da exploração ou uma *compensação financeira* por esta exploração, tem de ser repartida entre os Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União, e é *receita originária de cada ente político citado*, possuindo, na concepção de Ricardo Lobo Torres, a natureza de preço público pela utilização de recursos minerais situados em seus territórios, justificando-se como contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras destes recursos causam aos poderes públicos.[1]

Por conseguinte, a norma municipal impugnada visa regulamentar a utilização de receita originária do Município de Rio das Ostras. Ou seja, a referida lei não trata de direito civil e muito menos de normas gerais de contratos administrativos. Disciplina, na verdade, matéria de interesse estritamente local, na forma do art. 358 da CE/RJ. Versa sobre limitação orçamentária e controle de receitas e despesas do Município.

[1] <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2306941/DLFE74411.pdf/REVISTAROYALTIES73asparticipacoesgovernamentaisnaindustriadopetroleo.pdf.> Acesso em: 08 out. 2015.

O ente federativo municipal dispôs sobre a forma de utilização de recursos provenientes de *royalties* e participações especiais, estabelecendo limite prudencial, em atendimento ao art. 358 da CE/RJ. Não resta a menor dúvida, portanto, quanto à possibilidade do Município dispor sobre suas receitas orçamentárias, devendo ser afastada a alegação de inconstitucionalidade formal feita pela representada.

Porém, quanto à alegada inconstitucionalidade material da norma do parágrafo único, do artigo primeiro, que impõe a retroatividade da Lei nº 1.890/2015, para estender os seus efeitos aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, esta, de fato, procede.

Conforme destacado na manifestação da Procuradoria do Estado, a legislação municipal referida pretendeu retroagir os efeitos da limitação imposta.

Tal disciplina viola o princípio da segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, em desacordo com o art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988 e com o art. 366 da CE/RJ. Por certo, os efeitos da lei, em tese, não podem retroagir para atingir as garantias contratuais porventura acordadas antes da vigência da norma.

Em tema correlato, por meio da ADI nº 4.917/RJ foram impugnados os arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal nº 9.478/1997, todos com a redação conferida pela Lei Federal nº 12.734/2012.

Um dos argumentos utilizados pela Min. Carmen Lúcia na análise da cautelar da ação direta foi a necessidade de preservação do ato jurídico perfeito, ao impedir que novas regras atinentes à concessão de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos atingissem contratos anteriormente celebrados. Assim expôs, em sua decisão:

> Das concessões acabadas decorreram direitos que ingressaram no patrimônio público das pessoas federadas e que, mesmo se desdobrando em recebimentos de valores no presente e parcelas no futuro, fundamentam-se em processos findos, válidos, que se formaram e se aperfeiçoaram segundo a legislação vigente no período em que se deram os seus atos. *Aplicar a nova legislação àqueles atos e processos aperfeiçoados segundo as normas vigentes quando de sua realização seria retroação, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados segundo o direito, em clara afronta à norma constitucional do inc. XXXVI do art. 5º, antes mencionado.* Como indaguei em outra decisão, se nem certeza do passado o brasileiro pudesse ter, de que poderia ele se sentir seguro no Estado de Direito? Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas tem também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam o conforto da certeza das coisas, pois certezas das gentes não há), e o que é pior e incomum, também tem por incerto o passado. A expressão normativa questionada põe em ênfase este dado: não seria dever do Estado, acatando a Constituição que tem na

> segurança jurídica e no respeito incontornável e imodificável ao ato jurídico perfeito, garantir a certeza, pelo menos quanto ao passado e acabado, como se dá com as concessões feitas? Tem razão, no ponto, o Autor, ao requerer a suspensão de efeitos das normas modificadas porque poderiam ser interpretadas no sentido da possibilidade de sua aplicação imediata e com efeitos retro. Tanto causaria insegurança jurídica, financeira e política, pelo que não podem prevalecer as normas até o seu julgamento por este Supremo Tribunal Federal.

No caso acima, a discussão era em relação às regras de distribuição de receitas que ingressam no patrimônio público das pessoas federadas. Que difere, substancialmente, do presente, que trata, na realidade, da destinação dessas receitas e o seu limite para pagamento de contratos.

De todo o modo, verifica-se, a inconstitucionalidade material do parágrafo único, do art. 1º, bem como da expressão "produzindo efeitos financeiros a partir de 01 de janeiro de 2015", constante do artigo 2º, ambos da Lei nº 1.890/2015 do Município de Rio das Ostras.

Tais dispositivos, expressamente, pretendem fazer retroagir os seus efeitos aos contratos celebrados anteriormente à vigência da norma, em desacordo com a Constituição.

Não obstante, à luz dos diversos documentos trazidos aos autos pelo Poder Executivo municipal (fls. 87/158), a mudança das condições econômico-financeiras para execução de contratos administrativos pode autorizar o manejo de cláusulas de privilégio por parte da Administração Pública, na forma do art. 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/2004, que prevê a inserção de cláusula nos contratos de parceria público-privada para "a repartição de risco entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária".

Até porque, o contrato administrativo tem uma mutabilidade a ele inerente decorrente das cláusulas exorbitantes em favor da Administração e do caráter dinâmico do interesse público que tem obrigação de buscar.[2] Contudo, deve ser empregado o procedimento administrativo próprio para a alteração contratual ou rescisão unilateral da avença.

Demonstrada, portanto, a afronta ao art. 366 da CE/RJ, devem ser declarados inconstitucionais o parágrafo único, do art. 1º, bem como a expressão "produzindo efeitos financeiros a partir de 01 de janeiro de 2015", constante do artigo 2º, ambos da Lei nº 1.890/2015 do Município de Rio das Ostras.

Cumpre destacar que o vício de inconstitucionalidade evidenciado nas normas acima mencionadas não contamina toda a Lei nº 1.890/2015, pois o *caput*, do artigo primeiro, pode e deve subsistir no ordenamento jurídico em respeito à legitimidade democrática conferida ao poder legislativo local que entendeu necessária a criação da referida norma.

Cabe ao Poder Judiciário, em uma medida salutar de autocontenção, tão somente, conferir uma interpretação conforme a Constituição para preservar a Lei impugnada e garantir que ela seja aplicada apenas aos contratos firmados após a sua vigência.

[2] ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2012, p. 341.

Conforme Jorge Miranda,[3] a interpretação conforme à Constituição é técnica na qual o Tribunal constitucional não declara a inconstitucionalidade da lei submetida a controle, mas limita-se a lhe dar uma orientação constitucionalmente adequada, ou seja, esclarece qual é a interpretação a ser conferida à lei que a torne compatível com a Constituição. A lei não deve ser declarada nula quando puder ser-lhe concedida uma interpretação que a harmonize com o conjunto normativo-constitucional em observância ao princípio da supremacia constitucional e ao princípio da separação de poderes.

Observe-se que até mesmo a representada, ao pedir, alternativamente, a interpretação conforme à constituição para afastar a aplicação da norma impugnada aos contratos aperfeiçoados antes da data de sua vigência, reconhece que o vício material contido no parágrafo único, do artigo primeiro, não contamina a integralidade da Lei municipal.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, oficia o MINISTÉRIO PÚBLICO no sentido da *parcial procedência* do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º, bem como da expressão "produzindo efeitos financeiros a partir de 01 de janeiro de 2015", constante do artigo 2º, ambos da Lei nº 1.890/2015 do Município de Rio das Ostras e para que seja conferida interpretação conforme a Constituição ao *caput*, do art. 1º, da mesma lei municipal, para afastar a sua aplicação aos contratos firmados antes da data de sua vigência.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2015.

JOANA FERNANDES MACHADO

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça

[3] MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 264.

Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento investigatório criminal. Apuração de tráfico de drogas, associação para o tráfico e crimes ambientais. Rejeição do arquivamento.

Leonardo Freire de Oliveira*

ASSESSORIA CRIMINAL DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procedimento Investigatório Criminal nº 007/2015, instaurado pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação de Búzios/RJ, distribuído para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Búzios/RJ, onde recebeu o nº 0001175-28.2016.8.19.0078.

Processo MPRJ nº 2016.00795842

Delitos em apuração: Tráfico de drogas, Associação para o tráfico e Crimes ambientais.

PARECER

Arquivamento recusado. Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento Investigatório Criminal (PIC) instaurado pela Portaria nº 007/2015, da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação dos Búzios/RJ, para apurar a prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e crimes ambientais. Promoção de arquivamento formulada pelo Ministério Público sob o argumento de que inexiste justa causa para o oferecimento da denúncia. Discordância judicial, com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*. Com a devida vênia, diante da análise dos elementos de prova carreados ao procedimento, temos que a tese da ausência de justa causa não restou configurada nos autos, razão pela qual se faz necessário o aprofundamento das investigações. É o presente parecer que se orienta no sentido de sugerir que *não se insista no arquivamento, designando-se Promotor de Justiça desimpedido para prosseguir oficiando nos autos.*

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

Tratam os presentes autos de Procedimento Investigatório Criminal (PIC) instaurado pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação de Búzios/RJ, em

* Procurador de Justiça do MPRJ. Titular da 28ª Procuradoria de Justiça da Região Especial de Procuradores de Justiça. Assistente da Assessoria Criminal do MPRJ.

02/06/2015, para apurar a suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e infrações penais previstas na legislação ambiental.

Segundo Termo de Informações de fls. 02/03, datado de *03/07/2014,* Wanderléia Soares de Almeida, ora representante, declarou, em resumo, que reside na localidade denominada José Gonçalves, no Município de Armação dos Búzios/RJ, há 18 anos. Afirmou que no local existe um grupo, liderado por José Francisco, conhecido como "Ceará", invadindo áreas do bairro, já tendo desmatado cerca de 4 mil metros quadrados de mata, cuja área faz parte do Parque da Costa do Sol, área das Emerências, sujeita a Proteção Ambiental Permanente. Informou que José Francisco está realizando edificação, sem autorização dos órgãos públicos, na área em questão, e vem fazendo "doações" das áreas invadidas a pessoas extremamente pobres da região; tratando-se de pessoa violenta e perigosa, e que está envolvida com o tráfico de drogas e o aliciamento de menores na região.

Termo de Informações Complementares de Wanderléia Soares de Almeida, fl. 05, especificando o local do desmatamento, ou seja, *Rua Perciliana, no final, à esquerda*.

Fl. 15, Termo de Declaração de Francisco Valdemir Souza Camelo (apontado equivocadamente pela representante como José Francisco).

Relatório SEMAP nº 136, elaborado pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Pesca do Município de Armação de Búzios/RJ, em *14/01/2015*, às fls. 32/33.

Relatório de Vistoria nº 1512, elaborado pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Pesca e Saneamento do Município de Armação de Búzios/RJ, em *29/04/2015*. Trata-se de Vistoria realizada em razão de ofício encaminhado pela 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação de Búzios ao órgão municipal, relatando desmatamento e loteamento irregular em área situada ao final da Rua Perciliana, no bairro de José Gonçalves *(fls. 38/45)*.

Fl. 72/76, Memorando da Secretaria do Meio Ambiente e Saneamento do Município de Armação de Búzios/RJ, datado de *18/08/2003,* informando que no bairro de José Gonçalves, APA do Pau Brasil, Zona de Conservação da Vida Silvestre (ZCVS), vem acontecendo a demarcação e limpeza de um terreno localizado no final da Rua Perciliana, junto a base da Serra das Emerências, sem autorização do órgão municipal, gerando a intimação de nº 2520, em nome do contribuinte *Marcos*.

Fls. 77/107, *Relatório de Vistoria nº 109/2013,* referente ao Procedimento Administrativo *nº 10.7989/2003,* aberto a pedido da Superintendência de Fiscalização, para verificar a área de terra localizada na Rua Perciliana, no bairro de José Gonçalves, onde houve, *na ocasião,* supressão de vegetação nativa junto a Serra das Emerências, na Zona de Conservação da Vida Silvestre da APA do Pau-Brasil, dentro da Zona de Amortecimento do Parque Estadual Costa do Sol – PECSOL. Esta vistoria, realizada em *06/06/2013 (fl. 88),* apurou, na ocasião, a existência, na Rua Perciliana, de várias construções dentro da ZPVS e ZCVS, além da casa de nº 6, cujo proprietário**,** *Leonardo Barreto de Souza,* recebeu a notificação de nº 01311.

Fls. 111/122, Notícia-Crime formulada pela Procuradoria-Geral do Município de Armação de Búzios ao Promotor de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Cabo-Frio/RJ, em

18/03/2004, com cópia dos autos do processo administrativo nº 09218/2002, quando foi constatado o *loteamento de uma área localizada no bairro José Gonçalves, sem autorização dos órgãos competentes, na área situada na Serra das Emerências, demarcada dentro da APA Pau-Brasil, e dentro de uma Zona de Conservação de Vida Silvestre (ZCVS).*

Fl. 123, Auto de Infração nº 001524, datado de 01/02/2011, em desfavor da contribuinte *Cláudia Regina Dias de Almeida*.

Fl. 125, solicitação administrativa de autorização de supressão de vegetação, formulado por *Odilon Simas da Silveira (Protocolo nº 13734/2011).*

Fl. 128/129, *Relatório de Vistoria SAP nº 103/2012, processo 13734/12,* da Secretaria de Meio Ambiente e Pesca do Município de Armação de Búzios, relativo a pedido de supressão de vegetação nativa formulado por *Odilon Simas da Silveira*[1]*).*

Fl. 145, promoção da lavra do ilustre Promotor de Justiça Bruno Menezes Santarém, determinando a *qualificação de Odilon Simas da Silveira,* proprietário e responsável pela propriedade no final da Rua Perciliana[2].

Fls. 148/152, Folha de Antecedentes Criminais de Odilon Simas da Silveira.

Fl. 156, importante informação do instituto Estadual do Ambiente – *INEA*, esclarecendo que a construção de residência unifamiliar *não* se encontra dentro dos Limites do *Parque Estadual da Costa do Sol,* porém, a mesma se encontra *dentro da Zona de Amortecimento,* conforme Relatório de *Vistoria nº 115/2015*[3]*),* Auto de Constatação nº 4160, e Auto de Infração nº COGEFISEAI/00145176. Consta ainda a informação de que a área citada *está dentro dos limites da ZCVS G, inseridas na Apa do Pau Brasil, sujeitos ao plano de manejo da APA do Pau Brasil.*

Fl. 171, *Parecer Técnico do INEA* ressaltando que foi constatada a veracidade da denúncia e tomadas medidas administrativas cabíveis, tendo sido lavrado Auto de Constatação baseado nos *artigos 46* (Causar dano direto ou indireto à unidade de conservação) e *64* (Iniciar atividade sem licença) da *Lei nº 3.467/2000.*

À fl. 173, em *21/03/2016,* sobreveio manifestação de *ARQUIVAMENTO* dos autos da presente Investigação Criminal, promovida pelo ilustre Promotor de Justiça Bruno Menezes Santarem, nos seguintes termos:

> Trata-se de investigação sobre prática de crimes ambientais, de tráfico de drogas e associação para o tráfico, no bairro de José Gonçalves. *Para apurar os crimes de tráfico e associação foi instaurado Inquérito Policial (RO 827/2015) – 127ª DP).* Em diligências

[1] Esse requerimento foi indeferido, porque a área em tela se situa inteiramente dentro do Parque Estadual da Costa do Sol – PECSOL, criado pelo Decreto nº 42.929/2011. Informou-se, ainda, que consta no referido processo uma notificação do INEA em face do requerente por *"Desmatamento"* na configuração anterior do local antes de ser criado o PECSOL.

[2] Diligência ainda não cumprida.

[3] Data de Vistoria: *04/08/2015;* nome: *Odilon Simas da Silveira;* Rua Perciliana s/n, bairro José Gonçalves; residência unifamiliar; constatada a *abertura de rua e construção de residência unifamiliar, na ZCVS G da APA do Pau Brasil sem as devidas licenças;* unidade de conservação; *Supressão de vegetação nativa (fls. 158/161).*

> ao local indicado pelos representantes, o INEA constatou infrações ambientais e foi lavrado o respectivo auto de constatação, com recomendação à intensificação de fiscalização do local. Porém nenhum crime foi apontado ou verificado. Desta forma, por falta de justa causa, promove-se o ARQUIVAMENTO do PIC. (grifamos)

Contudo, submetido o arquivamento à apreciação judicial, o r. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Búzios/RJ discordou das razões invocadas pelo membro do Ministério Público oficiante, conforme decisão de *fl. 174,* aduzindo, em resumo, que o Relatório de fls. 57/61, realizado pelo Município de Armação de Búzios, indica de forma segura a prática de crimes ambientais; no mesmo sentido a notícia-crime de fls. 111/112. Destacou, ainda, que esses documentos narram fatos, enumeram suspeitos e indicam testemunhas – nem todas ouvidas; e que os fatos foram objeto de procedimentos administrativos municipais, que, aparentemente, não instruem em sua integralidade o feito. Assim, com fulcro no art. 28 do Código de Processo Penal, remeteu os autos deste procedimento investigatório à Procuradoria-Geral de Justiça para que emitisse pronunciamento a respeito.

Por conseguinte, os autos foram encaminhados à Assessoria Criminal, com posterior remessa para análise do Procurador de Justiça subscritor da presente.

Em síntese, é o *relatório.*

Após análise da controvérsia ora submetida ao crivo desta Assessoria, chegamos à conclusão de que o arquivamento promovido pelo ilustre Promotor de Justiça *não* deve ser mantido, não só pela necessidade de aprofundamento das investigações, mas, também, porque há indícios da prática de crime ambiental.

Impende enfatizar, como destacamos, que o Promotor de Justiça afirmou em sua promoção de arquivamento que o "INEA constatou infrações ambientais, lavrou o respectivo auto de constatação, recomendou a intensificação de fiscalização no local, porém, nenhum crime foi apontado ou verificado".

Com a devida vênia, nos parece que a manifestação de encerramento das investigações foi precipitada. Mesmo porque, como sabe, a adequação jurídica de eventual prática de *crime ambiental* pelo Ministério Público não depende de pronunciamento, na seara penal, do órgão estatal, no caso, o INEA.

A rigor, e com o devido respeito, a manifestação final do membro do *Parquet* Fluminense não atende ao disposto no artigo 43, inciso III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993)[4].

Assim, cumpre-nos fazer um rápido esboço acerca do episódio que rendeu ensejo à instauração do presente, traçando os seus principais contornos, de modo a viabilizar uma melhor compreensão do tema. Vejamos:

---

[4] Art. 43 São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:
III– indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.

Os presentes autos de Procedimento Investigatório Criminal foram instaurados pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação de Búzios/RJ, em *02/06/2015*, para apurar a suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e infrações penais previstas na legislação ambiental.

Quanto aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como já informado, foi instaurado Inquérito Policial (RO 827/2015) – 127ª DP.

O fato, objeto da presente investigação, portanto, segundo Representação da Sra. Wanderléia Soares de Almeida, é a presumida existência de um grupo de pessoas, lideradas por José Francisco, conhecido como "Ceará", as quais estariam invadindo e desmatando a vegetação nativa em área situada no Bairro José Gonçalves, dentro do Parque da Costa do Sol, sujeita à Proteção Ambiental Permanente.

A pessoa apontada na Representação da Sra. Wanderléia Soares de Almeida foi identificada como Francisco Valdemir Souza Camelo, o qual prestou depoimento e negou a prática de tais atos (único depoimento existente nos autos).

A Notícia-Crime de fls. *111/112,* apontada pelo Juiz Gustavo Favaro Arruda como sendo a indicação clara da prática de crimes ambientais, diz respeito *a fatos ocorridos muito antes da instauração do presente Procedimento de Investigação Criminal,* ou seja, processo administrativo de nº *09218,* instaurado em razão de vistoria realizada em *outubro de 2002,* para apurar loteamento irregular de uma área localizada no mesmo bairro José Gonçalves, não se sabendo qual a vinculação desse documento com o objeto da presente investigação, pois nenhuma referência a esse documento foi feita na promoção ministerial de fls. 173.

O mesmo se diga em relação ao Memorando da Secretaria do Meio Ambiente e Saneamento do Município de Armação de Búzios/RJ, datado de *18/08/2003,* informando que no mesmo bairro de José Gonçalves, APA do Pau Brasil, Zona de Conservação da Vida Silvestre (ZCVS), vem acontecendo a demarcação e limpeza de um terreno localizado no final da Rua Perciliana, junto à base da Serra das Emerências, sem autorização do órgão municipal, gerando a intimação de nº 2520, em nome do *contribuinte Marcos (fls. 72/76).*

Também em relação ao *Relatório de Vistoria nº 109/2013,* realizada em *06/06/2013,* referente ao Procedimento Administrativo *nº 10.7989/2003,* aberto a pedido da Superintendência de Fiscalização para verificar a área de terra localizada na Rua Perciliana, no bairro de José Gonçalves (área objeto desta investigação), onde houve, *na ocasião*, supressão de vegetação nativa junto a Serra das Emerências (Zona de Conservação da Vida Silvestre da APA do Pau-Brasil, dentro da Zona de Amortecimento do Parque Estadual Costa do Sol – PECSOL), há dúvida se tal vistoria está diretamente ligada ao fato que ensejou a instauração deste procedimento investigatório criminal, pois, também em relação à referida Vistoria não há qualquer pronunciamento pelo membro do *Parquet* em sua promoção arquivatória (*fl.88*)[5]

[5] A propósito, nesta Vistoria (nº 109) apurou-se a existência, na Rua Perciliana, de várias construções dentro da ZPVS e ZCVS, além da casa de nº 6, cujo proprietário, *Leonardo Barreto de Souza,* recebeu a notificação de nº 01311 (fls. 77/107).

Ao contrário do que afirmado pelo Promotor de Justiça Bruno Menezes Santarem, há, sim, *Relatório Vistoria nº 136,* da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Pesca e Saneamento do Município de Armação de Búzios/RJ – SEMAP, realizada em *14/01/2015,* na *Rua Perciliana Rodrigues da Costa*, no bairro José Gonçalves, a indicação, em tese, da prática de crimes ambientais, constando desse Relatório as seguintes informações:

> Rua oficial com aproximadamente 125m de comprimento. A Rua está situada na Macrozona Continental, inserido na APA do Pau Brasil. A Rua possui parte na ZOC 1-a, e a maior parte na ZCVS-g. A ocupação na Rua Perciliana Rodrigues da Costa, na *parte oficial,* é composta por residências unifamiliares não legalizadas, em um parcelamento não formal, possuindo piso de bloquete, calçada de pedestre, rede elétrica, iluminação pública, abastecimento de água e coleta de lixo regular, sem rede de esgoto. Na parte *não oficial* existem todas as infraestruturas citadas acima, exceto calçamento. As residências existentes nesse trecho *não são legalizadas, estando em parcelamento informal, promovendo com isso a supressão de vegetação,* conforme constatado nas imagens do Google desde o ano de 2007. Segundo Plano de Manejo da APA e informação do Gestor da APA a Prefeitura Municipal de Armação de Búzios só poderia legalizar as construções existentes na ZOC1-a *(fls. 44).* (grifamos)

Em *29/04/2015,* foi elaborado o *Relatório de Vistoria nº 1512,* em atendimento ao *Ofício da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Armação dos Búzios/RJ.* Dita Vistoria foi realizada na área localizada na porção *final da Rua Perciliana,* tendo sido constatado que, no final da Rua à esquerda (demarcada em vermelho na imagem de fl. 39), há uma área com *fortes indícios de supressão de vegetação,* existindo uma pequena construção habitada. Tal construção está localizada numa *Zona de Preservação da Vida Silvestre (ZPVS) da APA Pau Brasil*, local que *não é permitido o parcelamento e edificações.* O local também é Zona de Amortecimento do Parque Estadual da Costa do Sol, de acordo com o Decreto nº 42.929/2011, em seu art. 6º, par. 1º, inciso I (enquanto não for aprovado o Plano de Manejo da referida Unidade de Conservação). No local foi identificado como responsável pela área, ao final da Rua, o *Sr. Odilon Simas da Silveira*, que informou a existência de um processo administrativo solicitando licença para as atividades no local, sendo, por isso, instado (intimação nº 8521) a comparecer a Secretaria de Meio Ambiente para prestar esclarecimento, e paralisar todas as atividades no local, sendo também emitido o Auto de Constatação nº 87 (ver fls. 39/45).

Outra constatação importante, citada na aludida Vistoria, é que grande parte da referida porção (informal) da Rua Perciliana, lado esquerdo, está também localizada na *Zona de Preservação da Vida Silvestre (ZPVS) da APA Pau Brasil,* já ocupadas por

outras residências, podendo ser observado, através de imagens de satélite, que essas ocupações datam desde 2009. Constatou-se, ainda, *indícios de desmatamento e parcelamento do solo* também no início desta porção da Rua Perciliana, parte na ZPVS da APA, e outra porção em área de ZCVSg (Zona de Conservação da Vida Silvestre), local em que o Plano de Manejo da APA impede o parcelamento do solo e permite apenas para residências unifamiliares já existentes e legalizadas, um acréscimo de, no máximo, 50% da área total construída, desde que a taxa de ocupação não ultrapasse 20% do lote, sendo que este acréscimo dependerá de licença ambiental [6/7].

O responsável pela Vistoria, Agente Fiscal de Meio Ambiente Raphael Furtado Mendes, fez alusão ao possível *enquadramento legal* das infrações por ele constatadas, a saber: art. 225, par. 4º da CF[8]; Lei nº 11.428/2006[9]; Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/1998, art. 48 e 50[10]; artigos 4º e 24 do Código Ambiental do Município de Armação dos Búzios/RJ.

Entre as recomendações e conclusões do Agente Raphael Furtado, destacamos as seguintes: necessidade de retorno e rondas preventivas ao local; *necessidade de comunicação ao Ministério Público por se tratar de crimes ambientais, bem como da existência dos processos 9212/02, 7978/03 e 7528/14 no setor de fiscalização que tratam de assuntos referentes ao mesmo tema e local;* necessidade de ações integradas à fiscalização urbanística e ao INEA, objetivando agilidade e eficiência nas ações a serem realizadas.

Como se vê, o prosseguimento das investigações se faz necessário porque: a) sobre os pontos acima destacados não houve pronunciamento do membro do Ministério Público; b) nenhuma testemunha foi ouvida, com exceção de Francisco Valdemir Souza Camelo – fls. 15; c) a qualificação de Odilon Simas da Silveira, determinada pelo membro do Ministério Público à fl. 145, não foi cumprida; d) também não se procedeu à sua oitiva; e) não houve manifestação objetiva do Ministério Público acerca de eventual prática de crime ambiental pelo referido cidadão, embora seu nome tenha sido mencionado em diversas passagens em Laudos de Vistoria, no que tange a desmatamento de área de preservação permanente; e f) há referência nos autos sobre a existência de Procedimentos Administrativos (*nºs. 9212/02, 7978/03 e*

---

[6] No local onde foram verificados indícios de desmatamento não foi possível encontrar o responsável para vistoria e esclarecimento, sendo necessário retornar ao local para medidas cabíveis (informação às fls. 42).

[7] Imagens mostram o avanço no processo de ocupação irregular da área. Além de muros e construções, também há o cercamento de grande parte desta porção da Rua Perciliana (informação à fl. 42).

[8] Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
§4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

[9] Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.

[10] Art. 48 Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:
Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.
Art. 50 Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:
Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

7528/14) tratando do mesmo tema e local, os quais *não* instruem o presente feito, sendo importante, segundo sugestão do Agente Fiscal de Meio Ambiente, Raphael Furtado, um pronunciamento detalhado do Secretário de Meio Ambiente (fl. 43, parte final).

Por fim, e talvez o mais relevante motivo para o prosseguimento das investigações, está na constatação do Relatório de Vistoria nº 1512:

> No local onde foram verificados indícios de desmatamento não foi possível encontrar o responsável para vistoria e esclarecimento, sendo necessário retornar ao local para medidas cabíveis;
>
> Imagens mostram o avanço no processo de ocupação irregular da área. Além de muros e construções, também há o cercamento de grande parte desta porção da Rua Perciliana.

Coerente com o acima exposto, é o presente parecer no sentido de sugerir ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça *que não insista no arquivamento, na forma da parte final do art. 28 do Código de Processo Penal, designando-se Promotor de Justiça desimpedido para prosseguir oficiando nos autos*.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2016.

LEONARDO FREIRE DE OLIVEIRA

Assistente da Assessoria Criminal

De Acordo:

ANTONIO CARLOS BISCAIA

Assessor-Chefe da Assessoria Criminal

Recurso Especial. Acórdão proferido pela Câmara Criminal que contrariou e negou vigência ao artigo 593, inciso III, alínea d, e seu §3º, do Código de Processo Penal. Processo originário do Tribunal do Júri.

Nilo Augusto Francisco Suassuna*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Procurador de Justiça titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, nos autos do processo nº 0000090-65.2009.8.19.0041, em que figuram como apelantes JEREMIAS JOSÉ DA COSTA ou GEREMIAS JOSÉ DA COSTA e IRÊNIO JOSÉ COSTA, irresignado com o v. Acórdão de fls. 658/699, complementado pelo Acórdão de fls.774/786, vem interpor, tempestivamente,

RECURSO ESPECIAL

com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, pelas razões deduzidas em anexo, requerendo seja o mesmo recebido e admitido, e enviado, posteriormente, ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Na oportunidade, requer certifique a Secretaria da 3ª Vice-Presidência a data da intimação do Ministério Público da decisão recorrida, nos termos do comando dos §§ 1º e 3º do artigo 5º da Lei nº 11.419/2006, bem como certifique a presença de assinatura eletrônica nesta peça protocolizada digitalmente e a data de sua interposição.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDOS: JEREMIAS JOSÉ DA COSTA ou GEREMIAS JOSÉ DA COSTA e IRÊNIO JOSÉ COSTA

RAZÕES DO RECORRENTE

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

I. A DEMANDA

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas defesas técnicas dos apelantes, contra a sentença de fls. 473/477, prolatada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Paraty, que, com base na decisão do Conselho de Sentença, condenou Geremias José Costa nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV; art. 121, §2º, IV e V c/c art. 61, II, *h* e art. 211, na forma do art. 69, todos do Código Penal, fixando-lhe pena privativa de liberdade em 34 (trinta e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 dias-multa a ser cumprida no regime fechado; e Irênio José da Costa nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV; art. 121, § 2º, IV e V c/c art. 61, II, *h* e art. 211, na forma do art. 69, todos do Código Penal, fixando-lhe pena privativa de liberdade em 32 (trinta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 dias-multa, em regime inicialmente fechado.

Consigne-se que além dos ora apelantes foram denunciados os réus Eugênio José Costa, Rodrigo Valentino Conceição, Vagner dos Santos Costa e Jairo Paulino da Conceição. O feito foi inicialmente desmembrado em relação aos acusados Eugênio José Costa e Vagner dos Santos Costa, pois estavam foragidos e não foram notificados acerca da denúncia. Posteriormente, foram pronunciados os réus Geremias José Costa, Irênio José Costa, Jairo Paulino da Conceição e Rodrigo Valentino Conceição. Entretanto, o feito foi desmembrado em relação ao réu Jairo Paulino da Conceição por não ter comparecido à sessão do Tribunal do Júri, vindo aos autos notícia da morte do réu Rodrigo Valentino (fls. 413), vindo a ser submetidos ao Júri os ora apelantes, e desmembrado o processo com relação aos demais acusados.

Irresignada, a defesa técnica dos acusados apelou, consoante se vê do petitório de interposição (3º volume – edoc 00544), em 02/05/2013, com base no art. 593 do CPP. Todavia, somente apresentou razões de apelação em 08 de janeiro de 2014, conforme se vê da petição e razões lançadas no edoc – 00568, sendo inquestionável que a sessão de julgamento pelo júri popular ocorreu no dia 24 de abril de 2013.

Pugnou, embora serodiamente, em suas razões recursais de fls. 504/541, preliminarmente, pela nulidade do julgamento a partir da pronúncia, tendo vista que não foram quesitadas ao Conselho de Sentença as teses defensivas sustentadas em plenário; no mérito, busca a cassação do veredicto sob o argumento de tratar-se de decisão manifestamente contrária às provas dos autos; subsidiariamente, requer a redução da pena-base, o reconhecimento da confissão do acusado Geremias, e o reconhecimento da continuidade delitiva.

Contrarrazões do ilustre representante do MINISTÉRIO PÚBLICO às fls. 543/559, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo, mantendo-se na íntegra a r. sentença.

Esta Procuradoria de Justiça manifestou-se, no mérito, pelo desprovimento do recurso, mantida a decisão do júri, que acolheu a versão de prova constante do processo, diante de sua soberania, bem como pela mantença da pena aplicada pelo Dr. Juiz Presidente do Júri.

Todavia, a E. Câmara Criminal, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso dos acusados, para redimensionar as penas, uma vez mantido o veredicto do júri popular, nos seguintes termos, consoante excerto do acórdão:

> (...) No que tange à autoria dos crimes, a prova carreada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a "confissão informal" a agentes policiais constitui prova ilícita.

Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é induvidoso que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva.

Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

A qualificadora referente à prática dos homicídios, mediante emboscada, exsurge do próprio *modus operandi*, na medida em que, ao contrário do que pretende fazer crer a Defesa, os ora recorrentes, informados pelo denunciado Eugênio de que, as vítimas haviam ingressado em uma trilha que cortava trecho de mata, dirigiram-se até tal local, onde permaneceram aguardando a aproximação das mesmas, ocasião em que foram surpreendidas com a presença de seus algozes.

No mais, a alegação de que a vítima Renato teria agredido verbalmente os apelantes minutos antes de sua morte restou isolada nos autos, traduzindo evidente manobra defensiva, visando ao afastamento da qualificadora em comento.

Outrossim, o conjunto probatório informa que o homicídio contra a vítima Renato teve como motivação discussão pretérita entre ele e o apelante Jeremias, o

que foi assumido por este, por ocasião de sua autodefesa em Plenário, e tendo em conta que os ora recorrentes são irmãos, e que a desavença relatada pelo apelante Jeremias teria envolvido seus familiares, resta claro que o apelante Irênio possuía conhecimento da motivação do delito, tendo aderido à conduta de seu irmão Jeremias.

Destarte, considerando-se a desproporcionalidade das condutas, em relação aos motivos que a impulsionaram, caracterizado está o motivo fútil.

Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.

Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na "confissão informal" do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida.

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto para demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Quanto à dosimetria, a remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que, diante do concurso de mais de uma qualificadora, uma delas poderá incidir como tal, a ensejar o tipo penal derivado, ao passo que a outra, ou as demais, devem ser consideradas como circunstância judicial, na forma do artigo 59 do Código Penal, ou como circunstâncias agravantes, quando se amoldarem às hipóteses previstas nos artigos 61 e 62, do mesmo Diploma Legal. Precedentes.

Da mesma forma, considerando-se que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, sua conduta merece maior reprovação em relação às dos demais, razão pela qual não se verifica qualquer ilegalidade no reconhecimento, na sentença, da circunstância judicial pertinente.

O recorrente Jeremias efetivamente confessou ter atirado contra a vítima Renato, causando-lhe as lesões que foram causa suficiente para sua morte, o que se mostra bastante para a configuração da atenuante da confissão espontânea na dosimetria da pena referente ao delito praticado contra esta vítima.

A vítima José Humberto contava com apenas seis anos de idade à época dos fatos, mostrando-se correta a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, não havendo que se cogitar da ocorrência de *bis in idem*, conforme asseverou a Defesa, em suas razões recursais, uma vez que a idade desta vítima somente fundamentou o acréscimo das penas na segunda fase da dosagem, como circunstância agravante.

Impossível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea do recorrente Jeremias, já que a mesma omitiu o dolo do homicídio praticado contra a vítima José Humberto.

No tocante ao delito de ocultação de cadáver, melhor sorte não socorre a combativa Defesa, na medida em que foram dois os cadáveres ocultados, o que, decerto, recomenda maior rigor na reprovação das condutas dos ora apelantes, mostrando-se adequada a exasperação implementada na sentença.

De igual forma, tendo em conta que um dos corpos ocultados era de uma criança de apenas seis anos de idade, incide, na hipótese, a circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea *h,* do Código Penal. Contudo, adota-se a fração de 1/6 para o aumento das penas bases, na segunda fase da dosimetria, por se mostrar mais adequado e suficiente à reprovação e à prevenção do crime em tela, devendo as penas de ambos os apelantes ser redimensionadas.

Impossível, porém, o reconhecimento da continuidade delitiva, no caso concreto, eis que o próprio recorrente Jeremias afirmou, em seu interrogatório, que "atirou em direção a Renato, todavia o tiro pegou no filho da vítima; que em seguida Renato tentou correr, quando então o acusado desferiu outro disparo que atingiu Renato".

Desta forma, a hipótese dos autos caracteriza concurso material de delitos, tendo sido evidenciada a autonomia de desígnios, a despeito das condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Observa-se que, no tocante ao homicídio perpetrado em face da vítima José Humberto, o apelante Jeremias sustenta a tese de ocorrência de erro de execução.

Todavia, o próprio relato do recorrente demonstra a pluralidade de ações em face de vítimas diversas, sendo certo que o Conselho de Sentença reconheceu a autonomia do dolo de matar em relação à nominada vítima (fl. 466 – 3º Quesito), o que afasta a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 73 do Código Penal.

Desta forma, as penas totais aplicadas para ambos os recorrentes devem ser redimensionadas para acomodarem-se, definitivamente, em 31 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa.

No que tange a pretensão de concessão, aos réus, do direito de recorrerem em liberdade, verifica-se, consoante à sentença condenatória, que a mantença da custódia cautelar, para interposição do presente recurso, encontra-se devidamente fundamentada e lastreada na garantia da ordem pública.

Ademais, tendo os réus respondido à ação penal presos, não há motivos para que, após a prolatação da sentença condenatória, os mesmos aguardem o julgamento do recurso em liberdade, sem que haja alteração fática, a propiciar suas solturas.

Ressalte-se, ainda, que não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, a negativa ao direito de recorrer em liberdade, haja vista o entendimento de nossos Tribunais Superiores. Precedentes.

(...) omissis

Em face do exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO dos recursos defensivos, com a rejeição das questões preliminares suscitadas, e, no mérito, pelo PARCIAL PROVIMENTO dos apelos.

Esta Procuradoria de Justiça, inconformada em parte com o Acórdão, interpôs embargos declaratórios, a fim de que fosse complementado o julgado, pelos seguintes argumentos, assim sintetizados, consoante transcrição de excerto do recurso, para melhor compreensão da matéria em debate:

> O V. Aresto da E. Corte, permissa vênia, se encontra eivado de contradição, pois conforme asseverado na fundamentação do acórdão, a decisão dos jurados não é manifestamente contrária à prova dos autos, ao reconhecer a autoria e materialidade dos dois crimes de homicídio, bem como com relação às qualificadoras reconhecidas pelo júri. Todavia a E. Câmara, por maioria de votos, acabou por afastar uma qualificadora relativa ao homicídio em que foi vítima José Humberto Gustavo Almeida da Silva, criança com 06 (seis) anos de idade, e filho da primeira vítima Renato de Almeida Silva, ao entender que a decisão soberana do júri popular não se justificava, eis que a prova derivaria de admissão informal do acusado JEREMIAS, versão aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos.
>
> A partir dessa premissa acolhida no aresto, ao entender que a qualificadora do homicídio acima nominado, relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, deveria ser afastada, assim resumiu o entendimento o aresto, transcrevendo-se o seguinte trecho:
>
> (...)
>
> Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.
>
> Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na "confissão informal" do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida. (g.n.)

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto a demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação

e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Portanto, o aresto é obscuro na sua conclusão, pois se a decisão dos jurados não é contrária à prova dos autos, tanto que foi mantida a decisão dos juízes leigos, diante de sua soberania, não poderia ser afastada a qualificadora em questão, relativa ao segundo crime, em que foi vítima a criança, e por tal motivo ensejar a redução da pena dos acusados em relação a este homicídio qualificado.

Corolário dessa fundamentação, foi o redimensionamento da pena dos acusados, especialmente com relação ao afastamento dessa qualificadora da finalidade teleológica, no segundo homicídio, na ordem cronológica submetida ao crivo dos jurados, e diante da narrativa da decisão de pronúncia.

Sobre esse ponto, destaca-se os argumentos do acórdão:

> De outro giro, considerando-se o afastamento da qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, e que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, merecendo a sua conduta maior reprovação em relação às dos demais, as penas-bases aplicadas aos réus Jeremias e Irênio, relativas ao homicídio praticado contra a vítima José Humberto Gustavo Almeida da Silva, devem ser redimensionadas para 14 anos de reclusão e 13 anos de reclusão, respectivamente.

A contradição contida no V. Aresto tem ressonância em questão de grande relevância no âmbito Federal, de índole eminentemente constitucional e infraconstitucional, já que envolve a própria soberania dos veredictos do Júri, e os princípios processuais regulados pelo art. 593, § 3º, do CPP. É que, não poderia esse ilustrado órgão fracionário, afastar a qualificadora em questão, após o reconhecimento da sua ocorrência pelo júri popular, pois a sua definição jurídica integra o conceito de tipo penal derivado, tratando-se de homicídio qualificado, pelo meio de execução (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), uma criança com 06 (seis) anos de idade, e a finalidade teleológica do crime, visando a garantir a impunidade dos acusados com relação ao primeiro homicídio de que foi vítima Renato, pai da segunda vítima, pois ao se admitir pudesse ser afastada a qualificadora, diretamente pela Corte de apelação, com o redimensionamento da pena, estar-se-ia ignorando a soberania dos veredictos do júri, o que não é admissível pelo ordenamento jurídico pátrio.

Aliás, a contradição na fundamentação do aresto é tão gritante, que o voto vencido do ilustrado Desembargador vogal, divergiu da douta maioria, e determinava a cassação do julgamento no tocante à essa qualificadora, e renovação do julgamento, nos seguintes termos, consoante excerto do voto:

> .... dou provimento parcial aos recursos, para anular o julgamento somente em relação à vítima José Humberto, uma vez que eivado de nulidade absoluta por ser manifestamente contrário às provas dos autos, e determino a realização de novo julgamento somente quanto à vítima José Humberto (edoc. 00701).

O voto vencido está em consonância com a posição prevalente dos Tribunais Superiores, conforme se vê a seguir, exemplificativamente, no julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 1.378.097–SP, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, STJ, 6ª Turma J. em 2/10/2014, DJe de 13/10/2014, assim ementado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APELAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PROVIMENTO DO TRIBUNAL. DECOTE DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONTRARIEDADE AO ART. 593, § 3º, DO CPP. OCORRÊNCIA.

1. Esta Corte Superior já firmou o entendimento no sentido de que não se pode admitir a desconstituição parcial da sentença proferida pelo Tribunal Popular quanto às qualificadoras ou às privilegiadoras, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988) e ao disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina a submissão do réu a novo julgamento quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

2. Agravo regimental não provido.

Ademais, na fundamentação do aresto, essa Corte entendeu, por maioria de votos, que a decisão do júri não foi manifestamente contrária à prova dos autos. Portanto, o redimensionamento da pena não pode sustentar-se no afastamento da qualificadora reconhecida pelos jurados, à guisa de que tal qualificadora não seria comportada pela prova.

Nessa toada, assim restou fundamentado o v. aresto, em sua douta maioria, reconhecendo que a decisão do júri não é aberrante da prova dos autos: "Quanto ao mérito dos recursos defensivos, tem-se que a materialidade delitiva restou sobejamente evidenciada por meio do Laudo de Exame em Local de Encontro de Cadáveres, do Auto de Exame Cadavérico, e do laudo de exame de DNA".

No que tange à autoria dos crimes, a prova carreada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a "confissão informal" a agentes policiais constitui prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é induvidoso que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva. Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

Permissa vênia, ou a prova produzida nos autos, como efetivamente ocorre, embasa o veredicto do júri, como bem afirmado no acórdão, ou não, e ainda assim nessa hipótese, a solução não pode ser o afastamento da qualificadora pelo Tribunal de Justiça, para motivar o redimensionamento da pena, pois evidente a violação, nesse caso, da soberania do Júri.

Finalmente, os aclaratórios foram acolhidos pelo órgão fracionário da Corte local, nos seguintes termos, consoante ementa a seguir copiada:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO QUANTO À CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA DA QUALIFICADORA, PREVISTA NO ART. 121, § 2º, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL, RELATIVA A UM DOS HOMICÍDIOS IMPUTADOS, AFASTANDO-A DA CONDENAÇÃO, E REDIMENSIONANDO AS PENAS APLICADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS – ART. 5º, INCISO XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – E AO DISPOSTO NO ARTIGO 593, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Argumenta o membro do Ministério Público que o acórdão embargado seria contraditório e obscuro entre a fundamentação e a sua conclusão, vez que reconheceu a ilicitude da prova da qualificadora, prevista no inciso V, do § 2º do art. 121 do Código Penal, relativa ao homicídio praticado contra a vítima José Humberto Gustavo de Almeida da Silva, decotando-a da condenação, e redimensionando as penas aplicadas aos recorrentes, o que consistiria em violação ao Princípio Constitucional da Soberania

dos Veredictos – art. 5º, inciso XXXVIII, da Carta Magna –, bem como ao disposto no artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Consoante restou delineado no acórdão objurgado,

> a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na 'confissão informal' do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida. Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto a demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Diante de tal conclusão, esta Relatoria afastou da condenação a qualificadora em comento e, consequentemente, redimensionou as penas aplicadas aos recorrentes Jeremias e Irênio, sendo que tal afastamento não poderia ser efetivado diante da atribuição do E. Tribunal do Júri, Juiz Natural da causa, a quem compete decidir acerca da incidência das qualificadoras imputadas na pronúncia, com base, tão somente, nas provas produzidas de forma lícita. Precedentes dos Tribunais Superiores.

Destarte, entendendo-se ser ilícita, como meio de prova, a "confissão informal" aludida no corpo do Acórdão embargado, deve a mesma ser desconsiderada, vedada qualquer manifestação acerca de seu conteúdo, a fim de se evitar que os Jurados sejam influenciados negativamente.

Os presentes embargos devem ser acolhidos com vias a convergir a contradição apontada, decotando-se, do acórdão atacado, os fundamentos relativos ao redimensionamento das penas dos apelantes, decorrentes do indevido afastamento da qualificadora prevista no inciso V, do § 2º do artigo 121 do Código Penal, atinente ao homicídio praticado contra a vítima menor, José Humberto Gustavo de Almeida Silva, para que passe a constar o parcial provimento dos apelos, anulando-se o julgamento, apenas no que concerne ao crime contra a vítima acima nominada, devendo ser realizado novo julgamento pelo E. Tribunal do Júri quanto ao aludido delito.

EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS

Decidindo dessa forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência ao artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal, subtraindo dos Srs. Jurados competência que lhes é reservada.

Daí a interposição do presente Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, para que seja reformado o v. acórdão, restabelecendo-se a condenação imposta pelo Conselho de Sentença.

II. A DECISÃO RECORRIDA

O v. acórdão impugnado deu parcial provimento à apelação defensiva para, sob o fundamento de manifesta contrariedade à prova dos autos, anular o julgamento e determinar a submissão dos réus a novo julgamento pelo júri, quanto ao segundo crime de homicídio de que foi vítima a criança JOSÉ HUMBERTO, isto porque, segundo as palavras do próprio aresto:

> entendendo-se ser ilícita, como meio de prova, a "confissão informal" aludida no corpo do Acórdão embargado, deve a mesma ser desconsiderada, vedada qualquer manifestação acerca de seu conteúdo, a fim de se evitar que os Jurados sejam influenciados negativamente. Os presentes embargos devem ser acolhidos com vias a convergir a contradição apontada, decotando-se, do acórdão atacado, os fundamentos relativos ao redimensionamento das penas dos apelantes, decorrentes do indevido afastamento da qualificadora prevista no inciso V, do § 2º do artigo 121 do Código Penal, atinente ao homicídio praticado contra a vítima menor, José Humberto Gustavo de Almeida Silva, para que passe a constar o parcial provimento dos apelos, anulando-se o julgamento, apenas no que concerne ao crime contra a vítima acima nominada, devendo ser realizado novo julgamento pelo E. Tribunal do Júri quanto ao aludido delito.

ACORDAM os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE, em CONHECER DOS EMBARGOS para DAR-LHES PROVIMENTO para anular o julgamento apenas em relação ao homicídio praticado contra a vítima José Humberto Gustavo de Almeida da Silva, nos termos do voto da Des. Relatora.

III. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL

O Ministério Público foi cientificado do v. Acórdão no dia 15/12/2014 (segunda-feira), iniciando-se o prazo recursal no dia 16/12/2014. Assevere-se que haverá recesso forense, com suspensão dos prazos recursais a partir de 20 de dezembro de 2014 até o dia 06 de janeiro de 2015. Portanto, o prazo recursal encerrar-se-ia no dia 18 de janeiro de 2015, sendo tempestivo o recurso, já que será interposto nesta data.

IV. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA A DO ARTIGO 105, III da CF.

IV.a. Do Cabimento do Recurso

O julgamento colegiado, como se verá, contrariou e negou vigência ao artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal, além de afrontar o entendimento pacífico desse E. Superior Tribunal de Justiça. O recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade, a seguir tratados individualmente.

Inaplicabilidade da Súmula 7 do E. STJ

O presente recurso especial não trata de matéria de fato. Ao contrário, a discussão cinge-se à interpretação e alcance das normas previstas no artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal.

Busca-se demonstrar que o v. Acórdão impugnado expressamente reconheceu a existência de prova quanto à autoria e dolo de matar contra os acusados, inclusive no tocante à qualificadora da finalidade teleológica com relação ao crime de homicídio de que foi vítima a criança de nome José Humberto, pois como restou delineado no acórdão objurgado:

> a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na 'confissão informal' do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida. Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto a demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Deve se destacar que em momento algum pretende o Ministério Público discutir os elementos de prova dos autos, bem como se há ou não prova da autoria imputada em relação à referida qualificadora do homicídio em que foi vítima o menor JOSÉ HUMBERTO.

O que se almeja é deixar evidenciado que, reconhecido pelo próprio acórdão que há nos autos prova testemunhal, a partir dos depoimentos de policiais militares que ouviram a suposta confissão extrajudicial do acusado JEREMIAS, que justificou o reconhecimento da qualificadora da finalidade teleológica, e que tal versão de prova foi confirmada em juízo, sob o contraditório, impossível se reconhecer manifesta

contrariedade à prova dos autos, sendo certo que, em assim o fazendo, o v. aresto invadiu competência exclusiva do Conselho de Sentença.

A discussão, portanto, está circunscrita à possibilidade de se anular julgamento em Plenário por manifesta contrariedade à prova dos autos quando a própria decisão recorrida reconhece existir fonte de prova, mas discorda da capacidade de convencimento de tal prova, a ponto de imputar-lhe a mácula de "prova ilícita". Em verdade, confunde a E. Câmara Criminal, a questão da admissibilidade da prova, que foi valorada pelo Dr. Juiz Presidente do Júri, e colhida sob o contraditório constitucional, que foi fonte legítima de exame para o convencimento dos jurados, e que julgam por íntima convicção. Portanto, inviável a cassação parcial do julgamento proferido pelos jurados, procedida pela Câmara Criminal, violando a sua soberania, pois se há prova do homicídio em que foi vítima a criança de 06 (seis) anos de idade, de nome JOSÉ HUMBERTO, a qualificadora articulada na pronúncia, foi submetida ao crivo dos jurados, que a acolheram com base em prova licitamente produzida, que em nenhum momento foi questionada pela defesa técnica.

Tanto é verdade que não há necessidade de se incursionar em matéria fático-probatória, que ambas as Turmas que compõe a 3ª Seção desse E. Superior Tribunal de Justiça já deram provimento a Recursos Especiais em hipóteses similares.

As ementas abaixo transcritas evidenciam que a Súmula 7 não representa óbice ao julgamento do tema:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUSTENTAÇÃO ORAL. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS VIOLADOS. MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO PARA RESTABELECER DECISÃO PROFERIDA PELO JÚRI.
>
> I. O exame de matéria constitucional refoge dos limites da competência outorgada ao STJ na estreita via do recurso especial.
>
> II. Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada do acervo probatório existente no processo.
>
> III. É certo também que a decisão que julga manifestamente contrária à prova dos autos a decisão proferida pelos jurados, remetendo o réu a novo julgamento, não pode se exceder de modo a prejulgá-lo, afastando a própria versão do acusado a pretexto de analisar o acervo probatório, hipótese dos autos. Precedente.

> IV. Não se conhece de alegado dissídio jurisprudencial quando o recorrente deixa de proceder ao cotejo analítico entre os paradigmas e o acórdão recorrido, com o fim de explicitar os pontos que assemelham ou diferenciam, limitando-se à transcrição de ementas.
>
> V. Recurso provido, para cassar o acórdão recorrido e determinar o restabelecimento da decisão proferida pelo Tribunal do Júri. (STJ – 6ª Turma, RESP 690.927/CE – 2004/0067938-7, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 13/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 309)
>
> CRIMINAL. RESP. JÚRI. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE NOVO JULGAMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME. RECURSO PROVIDO.
>
> Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo. Precedentes.
>
> Recurso provido, para cassar o acórdão recorrido e determinar o restabelecimento da decisão proferida pelo Tribunal do Júri. (RESP 806.648/DF – 2005/0215437-2, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 12/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 351)
>
> (g.n.)

Resta evidente, assim, que não há qualquer necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória.

Trata-se, portanto, de questão eminentemente de direito, consubstanciada no alcance da norma do artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal.

Do Prequestionamento

Ressalte-se, desde já, que o artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal foram devidamente prequestionados, conforme se vê da fundamentação do v. Acórdão recorrido, complementado pelos embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público, que foram providos, porém insistindo o ilustrado órgão fracionário em cassar parcialmente a decisão do júri, e submeter os acusados a novo julgamento com relação ao crime de homicídio qualificado em que foi vítima o menor José Humberto.

A matéria em destaque foi amplamente discutida no apelo e nos embargos declaratórios, como se demonstrou acima na exposição histórica do caso concreto.

Os dispositivos tiveram sua vigência expressamente negada pelo v. Acórdão recorrido, o qual igualmente se afastou da pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Atendidos, assim, os requisitos dos enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, resulta a inexistência de qualquer óbice à admissão do presente recurso e ao seu conhecimento pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

IV.b. Das razões para o provimento do recurso pela alínea *a*, do artigo 105, III, da Constituição da República. Negativa de vigência ao artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal.

Dispõe o artigo 593, inciso III, alínea *d*, e seu §3º, do Código de Processo Penal:

> Art. 593 Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> (...)
>
> III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> (...)
>
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.
>
> (...)
>
> § 3º Se a apelação se fundar no III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.
>
> (...)" (g.n.)

O v. Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente os dispositivos destacados e prequestionados, afastando-se, igualmente, do ensinamento da mais abalizada doutrina pátria e da pacífica jurisprudência dos E. STJ e STF, isto porque, em processo por crime da competência do Tribunal do Júri, somente se mostra viável a anulação do julgamento e a submissão do réu a novo plenário na hipótese de ocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Ora, se o próprio acórdão reconhece, tal como ocorreu na presente hipótese, que existem nos autos elementos de prova, como os depoimentos dos policiais militares que ouviram a versão do acusado JEREMIAS sobre a autoria, na chamada "confissão extrajudicial", que foi confirmada pelos agentes do Estado ao prestarem depoimento em juízo, sob o contraditório, a submissão dos acusados a novo julgamento não encontra arrimo no ordenamento jurídico, pois soberana é a decisão do Conselho de sentença. Cabe ao Júri, na sua íntima convicção, valorar o conjunto da prova, e esta jamais foi questionada pela defesa no curso do processo.

O fato de entender a Câmara Criminal que a qualificadora da finalidade teleológica relativa ao crime em que foi vítima o menor, para garantir a impunidade com relação ao primeiro homicídio de que foi vítima o seu pai, não está suficiente demonstrado pelo conjunto da prova, que segundo a ótica do órgão fracionário seria ilícita, não afasta a conclusão indubitável de que a decisão dos Srs. Jurados possui apoio na prova dos autos.

É certo que JEREMIAS nega o dolo com relação à vítima criança, filha da primeira vítima de homicídio, mas tal versão não encontra arrimo na prova dos autos, ao passo que a tese acusatória encontra arrimo na prova testemunhal, traduzida pelos depoimentos dos policiais militares. Aliás, o próprio acórdão reconhece que tal versão não defensiva não foi demonstrada nos autos. E como afirmar-se, como o fez, o v. Acórdão, que a prova é ilícita?

Inegável, a percepção de que o aresto confundiu o tema da matéria processual penal, pois ilicitude de prova diz respeito a sua admissibilidade (da prova) no processo penal, obviamente vedada pelo art. 157 do Código de Processo Penal. Todavia, não é caso de inadmissibilidade de prova, pois os depoimentos de policiais, sobretudo em juízo, ainda que confirmem versões do que teriam ouvido do acusado JEREMINAS (GEREMIAS), a respeito da autoria, não infirmam os elementos circunstanciais que justificaram a submissão dos acusados ao júri popular, com a decisão de pronúncia preclusa, inclusive quanto à qualificadora controvertida em debate, relativa à finalidade teleológica do crime, para garantir a impunidade do crime anterior, pois seu pai fora executado momentos antes pelos acusados. Trata-se de questão pertinente ao convencimento do magistrado, e que pela peculiaridade do Tribunal do Júri, que adota o princípio da íntima convicção do julgador leigo, não pode impedir a valoração dessa prova, que é lícita, pelo corpo de jurados. Admitir-se a tese acolhida no acórdão recorrido é negar a própria soberania dos jurados, garantida constitucionalmente.

Com efeito, não poderia o v. aresto escolher uma das vertentes probatórias em detrimento de outra, cabendo-lhe apenas encaminhar o ora recorrido a novo júri caso a decisão dos jurados não encontrasse apoio em absolutamente nenhum elemento dos autos. Todavia, tal hipótese não ocorreu, pois há versão de prova que agasalha a decisão do Conselho de sentença.

E não há compatibilidade possível entre a expressão legal "manifestamente contrária" a prova, e a hipótese reconhecida pelo v. acórdão, qual seja, a tese de que a versão das testemunhas policiais, que alegam ter ouvido a confissão extrajudicial de um dos acusados, seria "prova ilícita".

Em verdade, está a E. Câmara confundindo a admissibilidade de determinada prova com o conceito de ilicitude desta prova. Não há nada de ilícito em que o Conselho de Sentença valore a prova decorrente de depoimentos de policiais militares, que tenham ouvido confissão extrajudicial de acusado, pois é normal que tais fatos ocorram no mundo fenomenológico, e ao chegarem conduzidos à presença da autoridade policial ou em juízo, neguem a autoria. Todavia, nada objetivamente impede que os

policiais, sejam eles civis ou militares, prestem depoimento, sob o contraditório, e sob as penas do falso testemunho, já que agentes do Estado, e possam contribuir para a apuração da verdade, como sói acontecer em casos análogos. Portanto, há versão de prova no processo, espelhada nos depoimentos dos policiais militares, confirmados em juízo, e submetido o material probatório ao crivo das partes e do Conselho de Sentença, que julgando por íntima convicção, acolheu a tese acusatória, condenando os acusados por dois crimes de homicídio qualificados.

Nessa toada, vê-se de forma clara, que a predisposição do órgão fracionário da Corte local em classificar a prova produzida como "ilícita", em evidente equívoco, para sustentar a qualificadora da finalidade teleológica do homicídio de que foi vítima José Humberto, foi tanta, que acabaram, em primeiro momento, a decotar parte da pena aplicada, a título de exclusão da referida qualificadora do homicídio, e ao complementarem o acórdão (Embargos Declaratórios opostos pela Procuradoria de Justiça) mantiveram tal entendimento, agora "cassando" parcialmente a decisão dos jurados, sob esse mesmo entendimento de que tal prova é ilícita, mesmo com a confirmação da versão dos policiais em juízo, a fim de submeter os acusados a novo julgamento pelo segundo crime de homicídio duplamente qualificado.

Assevere-se que, o entendimento do Tribunal de Justiça quanto ao convencimento jurídico da prova, ainda que tenham erroneamente classificado como "ilícita", a simples depoimentos de policiais sobre o que dissera um dos acusados na fase extrajudicial, não pode justificar a cassação do veredicto dos jurados, pois viola a soberania do júri popular.

E por que ilícita? Com a devida vênia ao entendimento esposado pelo aresto objurgado, trata-se de exagero interpretativo contido no v. Aresto recorrido, pois a atribuição da classificação de prova "ilícita" para o simples depoimento de policial, sob o contraditório, que afirma ter ouvido a confissão extrajudicial de acusado, tendo este negado o dolo de matar da segunda vítima, atribuindo-a a erro de execução quando da prática homicida contra o pai da segunda vítima. Afinal, pode o Juiz togado valorar a prova, com liberdade (princípio da persuasão racional). Todavia, não é cabível impedir o exame do conselho de sentença, e mais grave ainda, cassar a decisão dos jurados, que acolheu a tese acusatória, inclusive quanto a esta qualificadora do segundo homicídio, com base na prova produzida. Se o Tribunal entende frágil a prova, tal conclusão não pode servir de lastro à cassação do veredicto, ainda que parcial, como ocorreu na hipótese concreta.

Ainda que se apegue ao preceito constitucional do art. 5º, LVI, sobre a proibição da utilização da prova obtida por meio ilícito, não se pode afirmar que simples depoimentos de policiais que afirmam terem ouvido confissões extrajudiciais, amparados em contexto probatório seguro, como no caso de duplo homicídio em exame, submetidos ao contraditório, possam ser tipificados como prova proibida pelo ordenamento jurídico, impedindo os jurados de examinar tais depoimentos. A respeito de tal conceito jurídico, vale trazer à colação a lição UADI LAMMEGO BULOS:

> (...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzido à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo ser for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc. (*Constituição Federal anotada*, 2ª ed., Saraiva, 2001, p. 244, *apud*, *Processo Penal*, Fernando Capez, 19ª ed., Saraiva, p. 363).

Portanto, à luz dos predicados normativos infraconstitucionais (art. 157, do CPP), a prova consistente nos depoimentos de policiais militares que confirmem ter ouvido confissões extrajudiciais de determinado acusado, não tem o condão de por si só serem proscritas do processo, impedindo o exame dos jurados, ou ainda sustentando a tese do acórdão recorrido para cassar parcialmente o veredicto dos jurados, que reconheceram a qualificadora em questão.

Os depoimentos dos policiais militares prestados em juízo, sob o contraditório, tem o mesmo valor de qualquer depoimento de testemunha comum, e ainda que confirmem suposta admissão de autoria em sede extrajudicial por parte de acusados, isso não afeta a licitude de tal prova. Tal valoração da prova no júri é exclusiva dos jurados, sob pena de violação da soberania dos veredictos.

Sobre o tema, confira-se, ainda que relativo à matéria penal comum:

> *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.
>
> 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.
>
> 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de recurso em sentido estrito, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.
>
> 3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado

para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006). NULIDADE DA CONFISSÃO INFORMAL DO PACIENTE. POLICIAIS QUE NÃO TERIAM ALERTADO, INVESTIGADO SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA PRISÃO E SOBRE O SEU DIREITO A PERMANECER CALADO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ILEGALIDADE NA OPERAÇÃO POLICIAL. AGENTES QUE INVESTIGAVAM DENÚNCIA ANÔNIMA DE NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS CABÍVEIS. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA.

1. A impetrante deixou de anexar aos autos quaisquer elementos de convicção que pudessem comprovar que a abordagem policial e a prisão em flagrante do paciente teriam ocorrido ao arrepio da lei.

2. Se havia suspeita de que o paciente estava praticando o delito de tráfico de drogas, os policiais militares poderiam, mesmo sem qualquer informação por ele fornecida, averiguar o local, e diante da localização de grande quantidade de drogas, apreender a substância entorpecente e prendê-lo em flagrante, sem que seja necessário informá-lo previamente sobre o seu direito ao silêncio, razão pela qual não há falar em confissão informal ilícita.

PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE. REGISTRO DE CRIME ANTERIOR. REITERAÇÃO. PROBABILIDADE CONCRETA. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada.

2. A natureza altamente lesiva da substância apreendida – cocaína –, e a quantidade do estupefaciente encontrado em poder do paciente, bem como as circunstâncias em que se deu a sua prisão em flagrante – em bar que seria ponto de tráfico de drogas –, são fatores que autorizam a conclusão pela necessidade da segregação para a garantia da ordem e saúde pública.

3. A prisão encontra-se justificada também em razão do histórico criminal do paciente, que possui maus antecedentes, revelando a propensão à prática delitiva, demonstrando a sua periculosidade social e a real possibilidade de que, solto, volte a cometer infrações penais.

> 4. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> (HC 253.709/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

Nesse jaez, a matéria é pacífica na Jurisprudência pátria, a respeito do valor dos depoimentos de policiais. Como cediço, o depoimento de policiais tem o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isento de suspeição e harmônico com os demais elementos de prova dos autos, de modo que é hábil a embasar um decreto condenatório.

Vale conferir, a seguinte ementa, representativa do precedente judicial sobre o tema, colacionada no site do Superior Tribunal de Justiça, sobre a validade do depoimento policial:

> **EMENTA**
>
> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILDADE DA PROVA PARA SUTENTAR ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA.
>
> 1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do *writ*.
>
> Precedentes.
>
> 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de sua funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. J. 03/02/2009, relatoria MINSTRA LAURITA VAZ.

No mesmo sentido, veja-se o aresto:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCABÍVEL. PROVAS CONFIRMADAS EM JUÍZO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA

> Nº 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório.
>
> 2. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, que confirmou o édito condenatório firmado em provas válidas, de modo a pretender a absolvição do Acusado sob a pecha de insuficiência probatória, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, pois implicaria o reexame fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula nº 07 desta Corte.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 27/03/2014)

Em se tratando de julgamento no júri popular, mesmo diante da peculiaridade do julgamento leigo, operado pela íntima convicção dos jurados, não há qualquer óbice para que o depoimento de policiais prestados em juízo sirva de lastro para exame da convicção dos jurados.

Vale destacar que, em hipóteses semelhantes, assim já decidiu esse E. Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. RESP. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE NOVO JULGAMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME. RECURSO PROVIDO.
>
> Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo. Precedentes. Recurso provido, para cassar o acórdão recorrido e determinar o restabelecimento da decisão proferida pelo Tribunal do Júri. (STJ – 5ª Turma, RESP 779.518/MT – 2005/0143341-3, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 17/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 339)
>
> RESP – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO – ACORDÃO – INTERPRETAÇÃO – O ACORDÃO DEVE TER INTERPRETADO MATERIALMENTE, OU SEJA, QUANTO AO CONTEÚDO DO JULGADO. EVENTUAL DESCOMPASSO COM O DISPOSITIVO, PREVALECE AQUELE. A NORMA (NÃO SE CONFUNDE COM A FUNDAMENTAÇÃO) RESULTA DA SUBSTÂNCIA DO ACORDÃO. NO CASO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA SÓ PODE FAZÊ-LO SE AS PROVAS

> FOREM MANIFESTAMENTE CONTRÁRIAS À DECISÃO. NÃO BASTA, ASSIM, SIMPLES DÚVIDA DO JULGADOR. DESNECESSÁRIO, É CERTO, REPETIR A PALAVRA DA LEI. CUMPRE, PORÉM, NA MOTIVAÇÃO, SER ACENTUADA A EVIDENTE DESARMONIA DAS PROVAS DOS AUTOS COM A DECISÃO DOS JURADOS (STJ – 6ª Turma, RESP 16.028/DF – 1991/0021859-6, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 31/03/1992, Dj 27/04/1992, p. 5.508, RSTJ, vol. 31, p. 453)
>
> (g.n.)
>
> Diante da clareza de seus fundamentos, amoldando-se perfeitamente à hipótese aqui em análise, vale citar o seguinte trecho do voto condutor do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no julgamento do retromencionado RESP 16.028/DF:
>
> (...)
>
> O Tribunal do Júri é soberano. O Tribunal de Justiça só pode afrontar, no mérito, aquela decisão, se for manifestamente contrária à prova dos autos. E, assim mesmo, uma só vez.
>
> Em ocorrendo a chamada "zona cinzenta", inexistindo certeza, se os indícios não forem categóricos, quanto à imputação do Ministério Público e a versão da defesa, os jurados têm a última palavra, sem corrigenda do Juiz togado.
>
> (...) (g.n.)

Em idêntico sentido é a lição da doutrina nacional:

> d) Quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos: contrária à prova dos autos é a decisão que não encontra amparo em nenhum elemento de convicção colhido sob o crivo do contraditório. Não é o caso de condenação que se apoia em versão mais fraca (RT, 562/442) (...) (CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 465)
>
> 20. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: (...) Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de intepretação da prova possíveis de surgir (...) (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 11ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 1.032)

Portanto, inexorável a conclusão de que o Acórdão recorrido violou as normas jurídicas em exame, contrariando-as e negando-lhes vigência.

Ressalve-se, por pertinente, que quanto à dosimetria da pena, o Acórdão recorrido, redimensionou as respostas penais quanto ao primeiro homicídio

qualificado, matéria não alcançada pela devolução deste apelo extremo, que se restringe à impugnação quanto à cassação (anulação) parcial do veredicto dos jurados relativo ao segundo crime de homicídio qualificado imputado aos acusados.

V. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, demonstrada a contrariedade à lei federal, espera o Recorrente seja admitido o presente Recurso Especial pela alínea *a* do permissivo constitucional, para que o mesmo seja conhecido e provido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reformando-se o v. Acórdão recorrido e restabelecendo-se a decisão condenatória do júri, ressalvada a questão relativa à dosimetria da pena não alcançada pelo apelo extremo.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento investigatório criminal. Estupro de vulnerável. Manutenção do arquivamento.

Sonia Simões Corrêa Fortes*

2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOÃO DE MERITI

Processo 0074110-41.2016.8.19.0054

MPRJ 2016.00436007

INDICIADO: MAREMBERG DOS SANTOS ALMEIDA FILHO

ARTIGO 217–A CP

PARECER

EMENTA: ART. 28 DO CPP – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – MENOR DE QUATORZE ANOS – NAMORO CONSENTIDO PELA FAMÍLIA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009, QUANDO INEXISTENTE O TIPO DO ART. 217 – A DO CP E EM QUE VIGENTE O PRINCÍPIO DA AÇÃO PENAL DEPENDENTE DE REPRESENTAÇÃO, MANIFESTADA APÓS O PRAZO FATAL DE SEIS MESES, JÁ NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI, E DE QUE SE RETRATOU A GENITORA DA OFENDIDA, ENTREGANDO-A À "GUARDA DE FATO" DO PRÓPRIO INDICIADO E SUA FAMÍLIA, EM REUNIÃO FAMILIAR – ARREPENDIMENTO MATERNO QUANTO AO CONSENSO APENAS DEVIDO ÀS REPERCUSSÕES SOBRE SEU PRÓPRIO RELACIONAMENTO – PROVIDÊNCIAS FRUSTRADAS PELA LEI VIGENTE PARA O CASAMENTO DOS JOVENS – TENTATIVA DE SUICÍDIO DA MENOR E SURRA DE CINTO, QUE NÃO A DEMOVERAM DE SUA DECISÃO DE MORAR COM O INDICIADO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O ENTENDIMENTO DE ACATAR-SE, PELO PRINCÍPIO DA ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA, TER OCORRIDO A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO – PARECER PELA MANUTENÇÃO DO ARQUIVAMENTO.

* Procuradora de Justiça do MPRJ, aposentada. Assistente da Procuradoria-Geral de Justiça. Assessoria Criminal do MPRJ.

Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça,

Instaurou-se, o presente procedimento, pelo RO 954-01239/2010-01, em face de *representação* formulada pela mãe da menor vulnerável, M.R.L.C., aos 10 de maio de 2010, sob alegação de que, *aproximadamente seis meses antes*, *tomara conhecimento de que sua filha estava* ***namorando*** *um rapaz que conhecia por J., ou J. do Gás, por ser entregador de gás para um depósito no Jardim Paraíso, em São João de Meriti. Diz ter, inicialmente, permitido o namoro por acreditar ser, o rapaz, adolescente, mas, passado algum tempo, tomara conhecimento de ser, ele, maior. Passara a tentar convencer a filha a repensar o namoro,* ***tendo até "deixado de permitir"*** *em determinado momento. Contrariada, M.R.L.C. praticara um ato contra si mesma, ingerindo comprimidos de medicação controlada de uso da representante. Admite que passara a ter problemas pessoais em seu próprio relacionamento pelas atitudes da criança,* ***o que determinara a proibição total do namoro.*** *M.R.L.C.* ***até confessara já não ser virgem*** *e que teria mantido relações com J., deixando a casa materna em companhia dele e estando em lugar incerto e não sabido.* ***Por isso,*** *procurara o Conselho Tutelar,* ***sendo orientada a registrar o fato.***

O registro foi aditado em face do comparecimento **espontâneo** do indiciado, bem como da vítima e das testemunhas.

O termo de declarações materno, em maio de 2010, se encarta às fls. 10.

Solicitação do exame de corpo de delito, fls. 12.

Depoimento do indiciado, fls. 14, na mesma data, aduzindo **haver mais de um ano que com a menor mantinha relacionamento de namoro**, tendo-se separado por pouco tempo, cerca de três meses, aproximadamente. Esse namoro **tinha o consentimento da mãe de** *M.R.L.C.*, **como de seu padrasto**, S.P.M. Após algum tempo, contudo, S.P.M. passou a não mais concordar, mas a genitora, sem o conhecimento dele, permitira que continuassem o namoro às escondidas. Tendo, porém, K., a mãe, confessado ao companheiro que o namoro continuava, S.P.M. exigira que se separassem. No entanto, a adolescente confessara já ter mantido relações com o declarante, desejando que ele assumisse um compromisso. Então, em companhia da mãe de M.R.L.C. e de sua patroa, B.D.S., procuraram um órgão público no *Forum* Regional, onde receberam documentos para a permissão de casamento do declarante com M.R.L.C. K., todavia, desistira de assinar, temendo a reação de S.P.M. e as consequências da permissão. Tais providências teriam ocorrido quinze dias antes. Fora, então, surpreendido pela ligação telefônica do padrasto da menina, afirmando que "*ela não tinha mais jeito" e que era para ela passar a morar em companhia do declarante*. Destarte, em companhia de sua genitora, M.P.S., sua irmã caçula, F.S.A., seu padrasto, I.S. e sua irmã, D.A.S., dirigiu-se à residência de M.R.L.C., **que lhes foi entregue pela mãe, pelo padrasto, um tio e uma tia de** M.R.L.C**.** Com essa decisão, levara a menor para morar provisoriamente em sua companhia e de sua genitora, em seu atual endereço. *Ao lhe ser entregue a menina, ela informara* ***ter sofrido lesões por castigo corporal aplicado pelo padrasto, com um cinto de calças, que lhe deixaram marcas.*** *Fora, ademais, informado pela genitora da menor de que deveria levá-la ao*

Conselho Tutelar, onde lhe passaria a guarda, mas não tivera tempo para proceder a isso em razão de trabalho e de seu comparecimento à DP.

M.R.L.C., a vítima, fls. 16, **hoje com quase vinte anos,** compareceu *acompanhada pelo namorado, o indiciado, a irmã dele, D., e sua patroa, B.*, esclarecendo estar em sua companhia desde a noite de 7 de maio de 2010, quando **foi realmente entregue por sua genitora, K., e seu padrasto, S.P.M., para M.** e a mãe dele, que o acompanhava, além de suas irmãs e padrasto. M. fora chamado por sua mãe e seu padrasto por telefone para que os acompanhasse. Declara que **sua mãe realmente aceitou, por duas vezes, o namoro da declarante, mantendo isso fora do conhecimento de S.P.M.,** que sempre fora contra. Que sua mãe tomara essa decisão após saber que haviam tido relações sexuais, quando **exigira que ele a levasse e assumisse um compromisso com a declarante.** Mesmo assim, **fora castigada** quando contara do relacionamento sexual, tendo ela aplicado **uma surra, que lhe deixara marcas e lesões pelo corpo. Anteriormente também teria sido agredida pelo padrasto.** Que realmente sua mãe, M., a declarante e a patroa dele procuraram documentos no *Forum* para assinar o consentimento para que se casassem, tendo sua mãe desistido antes de assinar. Após isso, soube que ela procurara a sede policial.

B., fls. 18, comparece espontaneamente. Patroa do indiciado sabia do relacionamento, bem como que o namoro era do conhecimento da mãe de M.R.L.C., que, **por muito tempo**, manteve isso fora da ciência do companheiro para não contrariá-lo. Por algum tempo, a menina fora mantida longe da residência da mãe, na casa da avó, para ficar longe de M., voltando para a casa da mãe, que **novamente permitira o namoro às escondidas.** Tal namoro era de interesse de K., que usava a menina como desculpa para manter relacionamento fora da união com S.P.M. Após saber das relações sexuais, procurara a declarante desabafando, pedindo conselhos, tendo tentado convencê-la a oficializar a relação, acreditando não ser mais possível contrariar a decisão dos jovens. Procuraram o *Forum* Regional para permitir o compromisso, mas K. desistira, afirmando que ajudaria o casal a iniciar uma vida em comum, doando móveis e objetos pessoais. Sabe que S.P.M. afirmara que a menor não mais permaneceria com eles e deveria **viver com M., tendo a menina sido entregue a ele e à família por K. e S.P.M., na noite de 7 de maio. Estranha, portanto, o registro do fato, que sempre fora do conhecimento da mãe da menor.**

D., fls. 20, irmã de M., afirma saber do namoro, bem como ser isso do conhecimento da mãe de M., podendo acrescer que ela também **consentia.** Em mais de uma oportunidade, K. afirmara que **transferiria a guarda de M.R.L.C. para M..** Garante ter acompanhado seu irmão e sua mãe até a residência de M.R.L.C. por solicitação do padrasto, S.P.M., **quando ela lhes foi entregue pelo casal K. e S.P.M.** Tivera conhecimento de que M.R.L.C. ingerira remédios controlados, de uso da mãe, contrariada com a oposição ao namoro. Também soubera dos castigos físicos, aplicado **com cinto pela mãe.** Informa que, desde 7 de maio a menor se encontrava em companhia da declarante e sua mãe, entregue pela família dela, por não terem tido tempo de levá-la ao Conselho Tutelar. Estranhou a decisão de K.

de fazer o registro, já que **sempre fora favorável ao namoro.** Podia afirmar que a menina fora a consulta ginecológica e **recebera medicamentos preventivos para evitar gravidez**, estando, inclusive, de posse de receituário com essa finalidade. A mãe de M.R.L.C. ainda se prontificara a ajudar no sentido de alugarem um imóvel para residência do casal.

O indiciado não tem antecedentes penais, fls. 24.

C., fls. 26, irmã de K., relata a reunião e desentendimentos pessoais para a entrega da menina à família do indiciado. Diz que a menor se recusou a fazer o exame no IMLAP alegando estar menstruada e que B. dissera ter a guarda temporária da menor.

K., fls. 30, mãe da adolescente, aduz que a filha estaria **morando** em companhia do acusado, que reside com os pais, próximo à declarante. Diz ter conversado com a menor que se mostrava decidida a morar com J. Também conversara com a mãe dele, que a acolhera, gostando muito dela, todos com **as melhores intenções e com promessa de casamento.** Esclarece ter comparecido a um Cartório para **regularizar a situação, mas teriam sido informados de que só seria possível quando** M.R.L.C. **completasse dezesseis anos e com autorização dos pais.** Acrescenta querer o melhor para sua filha, com quem sempre se dera bem. Após refletir sobre tudo, conversara com a menor e se entendera. M.R.L.C. dissera que de nada adiantaria recusar, pois moraria com J. de qualquer maneira. Considerando que a família de J. era humilde, mas trabalhadora, e que M.R.L.C. poderia cometer algum ato impensado, pois até já tentara se matar, decidia **retratar-se da representação**, sendo certo que acompanharia a vida diária da filha.

Laudo do IML, fls. 35, de setembro de 2010, registra que, na primeira visita, a menor se alegara menstruada e querer fazer o exame com mulher, confirmando a perda antiga da virgindade. Às, fls. 37, o primeiro laudo, de maio, descreve informações da menor no sentido de ter mantido relações desde os doze anos, **com o conhecimento de sua mãe, sem nunca ter sido forçada, recusando-se a ser examinada.**

À vista dos autos, manifestou-se o ilustre e judicioso Promotor de Justiça, MARCUS EDOARDO DE SÁ EARP SIQUEIRA, pelo arquivamento, fundado em erro de proibição, falta de comprovação do dolo e, portanto, do elemento subjetivo do tipo, existência de fatos que afastavam a mera presunção da violência, o aprofundamento de uma relação consentida pela menor e pela família, bem como a falta de provas de que o autor conhecesse a idade da vítima. Apoia-se em decisões emanadas do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado.

Divergiu, contudo, o nobre Julgador da 2ª Vara Criminal de São João de Meriti, sustentando-se em que se trata de presunção absoluta, que torna irrelevante o consentimento, o comportamento, a compleição física da vítima.

É o relatório.

Vivemos um momento delicado, com a sociedade acossada pela violência crescente, pela pobreza não erradicada, pelo tráfico de drogas, pela dissolução dos

costumes e, consequentemente, da família, como centro de apoio e proteção aos jovens e idosos, relegados a doloroso abandono.

Ao mesmo tempo em que setores organizados lutam pelo endurecimento cada vez maior da repressão penal, mantém-se, em nome de um combativo direito de liberdade da mídia, como um todo, um enorme manancial de exemplos e sugestões de condutas que atentam frontalmente contra a eficácia do aparato legislativo.

Estão à distância de um clique na televisão ou na *internet* e no celular todos os tipos de devassidão, pornografia, pedofilia, e aulas especializadas de violência, expressas em filmes e *games, viciantes em roubos e mortes, de livre aquisição e uso*. Em recente caso de um menor envolvido em roubo de carro e morto por policiais, em SP, soube-se que costumava *jogar em uma **lan,** na favela, um game em que o personagem saía pela cidade a roubar carros*.

Assiste-se, comumente, a crianças de tenra idade, levadas pelos pais, evidentemente com autorização judicial, para participar de programas televisivos, em números de dança e trejeitos de fazer corar a muito adulto, na imitação *inocente,* mas didaticamente perigosa, de artistas de vida pública quase sempre com final infeliz, sob delirantes aplausos dos senhores telespectadores e daqueles que frequentam auditórios.

Pretende-se, nas escolas ainda destinadas ao público infantil, em nome do **necessário** combate à homofobia, estimular a "escolha sexual" da **criança**, havendo mesmo quem proponha o fornecimento **precoce** de hormônios que desenvolvam, na parte física, eventual tendência ou **opção de gênero.**

Fornece, o Governo Federal, a meninas **a partir de nove anos,** conforme o Blog do Ministério da Saúde, datado de **9 de março de 2015,** vacina contra o HPV, doença venérea transmitida pelo contato direto com pele ou mucosas infectadas **por meio de relação sexual:**

"SUS oferta vacina contra HPV para meninas de 9 a 11 anos".[1]

Entre poderes e poderosos, leis contraditórias, interesses confessáveis ou não que influem na gestação legislativa, sobrevive a sociedade real, em grande parte amontoada em casas humildes, de poucos metros quadrados, *sufocada pela violência, pela promiscuidade, pela **ignorância**, pelos manda-chuvas locais, milícias e traficantes*.

Lá, onde vive a maioria das pessoas sobre quem recai o império da lei, que deveria ser para todos, um dia, dois jovens se apaixonam. Talvez o rapaz parecesse mais jovem que seus dezenove anos reais. A mãe da moça assim pensava.

Começam a ***namorar***, com o consentimento de todos, parentes de um e outro, vizinhos próximos na comunidade.

Mas o que vem a ser o *namoro na sociedade real de hoje?* Ficar platonicamente próximos, ele e ela, entre olhares apaixonados, com um jarro ou uma tia no meio?

[1] Importante salientar que, quando recomendada pelas autoridades sanitárias, a vacinação de menores tornou-se obrigatória, na forma do art. 70-A § 1º do ECA, conforme texto introduzido pela Lei nº 13.257, de 2016.

Responder a isso afirmativamente equivale a assinar uma confissão de hipocrisia grave.

No entanto, o que é "namorar", "ficar" ou outras formas de relação afetiva, tal como compreendidas entre os comuns, mesmo sob a lei antiga, **uma vez presumida a violência em se tratando de menor de quatorze anos, já constituía atentado violento ao pudor,** na forma do revogado art. 214 do CP, que definia: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique **ato libidinoso diverso da conjunção carnal**" (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90) passando a integrar, a partir da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, o novo delito de **estupro**, conforme atual redação dos artigos 213 e 217-A do Diploma Repressivo:

> Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a *praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*
>
> Art. 217-A Ter conjunção carnal ou praticar *outro ato libidinoso* com menor de 14 (catorze) anos.

Destarte, desde o primeiro beijo, para não ir adiante, estava consumado, no caso dos autos, **o atentado violento ao pudor**, uma vez que a jurisprudência da época já assentava que **menor de quatorze anos não tem capacidade para nele consentir.**

Para driblar eventual aberração legal diante dos casos concretos, passaram, inúmeros Julgados, a excluir do conceito até mesmo o beijo **lascivo,** de tratamento abrandado para mera contravenção penal, quando não considerado um **nada**, pelo princípio da *insignificância*, ou, ainda, constitutivo de uma *criada modalidade tentada*, em nome da proporcionalidade entre o mínimo e o coito consumado.

Afinal, oito anos, na mais reduzida hipótese, por um beijo consentido de uma menor, é algo que abala o julgador, *seu bom senso, sua consciência,* o princípio fundamental da equidade, *da justiça do caso concreto*.

De seu turno, a Wikipédia, a *enciclopédia da rede*, contém um verbete definindo **ato libidinoso,** ainda em face da definição antiga do art. 218 do CP (revogada pela Lei nº 12.015/2009), em que (*ai dos que por ela se orientarem, sem se dar conta de que a palavra final nessa interpretação cabe aos aplicadores da lei*) exclui do conceito uma série de atos e carícias de natureza sexual.

Com efeito, em posição diametralmente oposta, o Colendo STJ decidiu:

> *HABEAS CORPUS*. **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**. CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. **INOCORRÊNCIA**. DESCRIÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

ATOS LIBIDINOSOS DEMONSTRADOS. BEIJO LASCIVO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Não há falar em inépcia formal se a denúncia descreveu a conduta delituosa de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, como a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que o órgão acusatório apontou objetivamente o ato criminoso imputado ao paciente, consistente na prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante *violência presumida. Foi descrito que o paciente teria atraído a menor para sua residência, após o que "agarrou" e "beijou" a vítima, com 12 anos de idade, sem o seu consentimento. Narrou-se, ainda, que em consequência dos atos do paciente a vítima estaria com o zíper de suas vestes aberto. 3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada. 4. No caso, as instâncias ordinárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que o paciente praticou atos libidinosos contra a vítima, jogando-a na cama, beijando-a de forma lasciva e abrindo o zíper de sua roupa. Tais atos, como visto, são suficientes para caracterizar o delito pelo qual foi condenado. 5. Não se mostra possível, na via eleita, alterar a conclusão a que chegaram o Juiz e o Tribunal de origem acerca dos fatos, pois inviável, nesta sede, analisar profundamente as provas produzidas. 6. Ordem denegada.*

(STJ – HC: 105673 CE 2008/0095693-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/09/2011, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2011)

Por sua vez, a Suprema Corte do País, no *HABEAS CORPUS* 112.170 DISTRITO FEDERAL, Relatora, a Min. Rosa Weber, apreciando hipótese de condenação pelo Egrégio STM, também por **atentado violento ao pudor**, em local sujeito à administração militar, *em caso de beijo lascivo em menor,* denegou a ordem, à unanimidade, por sua Primeira Turma, aos 23 de fevereiro de 2013. O aresto castrense, impugnado pela via heroica, definia a conduta como *"***ato lascivo voluptuoso e concupiscente direcionado à satisfação de instinto sexual"**.

Considerada a visão do Legislador e das Cortes Superiores, a menor ofendida, segundo se apura neste inquérito, vinha sendo vítima de **atentado violento ao pudor**, pelo jovem namorado, **com conhecimento e consentimento de seus responsáveis.**

Perturbado pelo "namoro" o relacionamento da mãe com seu companheiro, veio a proibição, seguida de uma **tentativa de suicídio da jovem.** O gesto desesperado motiva nova autorização **materna**, desde que *às escondidas do padrasto.*

Posterior ciência dele resulta em duas surras na menor, a golpes de cinto, causando-lhe lesões corporais, nunca apuradas, mas de ciência geral.

A "correção" violenta não abala o casal em sua **firme decisão de morar juntos, de se casar.** Como modernos Romeu e Julieta, desta feita autorizados por Montecchios e Capuletos, **mas proibidos por lei.**

A jovem foge de casa. Sem ter onde abrigar-se, é acolhida pela família do namorado. Com carinho e compreensão. Com solidariedade humana.

Querem promover o casamento. **Regularizar a situação**. São pessoas humildes e trabalhadoras, segundo a genitora da ofendida.

Mas a Lei não permite. Não podem mais. Foi extinto até o antigo poder judicial de consentir, através do vetusto "suprimento de idade"[2][2], instituto que permanece em outros países e foi objeto de Tratado firmado pelo Brasil[3][3].

Seria ou não impositivo o Tratado? Discute-se, mas, enquanto se desenrola o acadêmico debate, a lei interna determina: **dezesseis anos**. Ponto final.

Espera-se, talvez, que a norma prevaleça. Que seja didática, que seja eficaz, com o evidente e louvável intuito de proscrever abominável pedofilia que grassa entre todas as classes sociais.

Mas que o faça por sua própria força, sem extirpar da tevê aberta as aulas diuturnas de libertinagem explícita, tanto da programação diária, como inserta na publicidade de horários livres. Sem o cancelamento das autorizações *legais* para bailes, baladas e *shows,* com todo tipo de excitação ao sexo, quando não às drogas.

Como se a disposição legal tivesse o condão de evitar o beneplácito dos pais contemporâneos, que perderam há muito a autoridade e cedem *a proteção do próprio leito*, para não verem expostos, os filhos, aos percalços da rua ou dos motéis.

No caso dos autos, acuados os personagens pela vida real, *celebra-se, por Capuletos e Montecchios, uma solene entrega da menor à guarda do indiciado,* com a promessa materna de ajuda na compra de bens essenciais.

Surpreendentemente, porém, para todos os envolvidos, logo depois, K. vai à DP. Faz o registro de estupro de vulnerável, já então em vigor. Aliás, ensaia uma então caduca **representação.**

---

[2] 2Art. 1.520 Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. No entanto, poucos anos após, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 revogava o dispositivo salutar que permitia o casamento como extinção da punibilidade (art. 107, VII, do antigo texto do CP)

[3] 3Art. II7 da Convenção sobre Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamento, adotada pela Assembleia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1962, e posta em vigor em nosso País através do Decreto-Lei nº 659/1969.

Soa bastante provável, diante do que afirma a genitora no Registro de Ocorrência, que, ao comparecer ao Conselho, preocupada com a fuga da menor, após a surra de cinto, tenha sido advertida de uma possível imputação penal por sua conivência ao namoro. Teve medo e desistiu de *consentir no casamento impossível.*

Foi a única iniciativa de que se tem notícia no âmbito do Conselho.

Feita a ***representação*** materna, desencadeia-se verdadeiro desastre familiar. A mãe repensa o ato e volve à Delegacia para **retratar-se (fls. 31).**

Passam-se meses, cinco anos. A vida como era, continuou. Sem nada acrescer-se no procedimento, senão as peças técnicas.

O ilustre Representante do MP na Comarca, MARCUS EDOARDO DE SÁ EARP SIQUEIRA, com muita sensibilidade, requer o arquivamento, tentando colocar uma lápide sobre os fatos.

O pleito é indeferido e chega a esta Casa, na esteira do art. 28 do CPP.

O caso foi exumado e impende solucioná-lo.

Parece facílimo tomar o rumo frio da lei ou de decisões que mal repassam a prova, nas revisões Superiores.

Ao decidir recurso **repetitivo**, o Egrégio STJ, com todas as vênias, toma por parâmetro o caso de **uma criança de oito anos** e, portanto, que não alcançara a adolescência, a puberdade, aquela zona etária efervescente a que o legislador do ECA conferiu inclusive responsabilidade infracional e a que, volta e meia, se pretende estender a imputabilidade penal. Firma, aquela Corte Egrégia, aos 26 de agosto de 2015, o entendimento de ser irrelevante o consentimento da menor de **quatorze anos** (RECURSO ESPECIAL Nº 1.480.881 – PI (2014/0207538-0) para a caracterização do estupro de vulnerável.

Muitas perguntas martelaram os pensamentos e noites da signatária. Qual a lei predominante? Como desatar esse "nó górdio", sem ser Alexandre, o Grande?

Aplicar a repressão penal, o antigo axioma *dura lex sed lex,* como a Justiça cega de *Sebastian Brant* , em seu poema *Narrenschiff* (A Nau dos Insensatos), ou aquela legislação que, na outra ponta, estipula outros preceitos?

Não estabelece, acaso, o ECA, em seu art. 100, princípios que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; o interesse superior da criança e do adolescente; a intervenção **precoce** (hoje excessivamente tardia); a intervenção **mínima**; a proporcionalidade e **atualidade,** adequadas **ao momento em que tomadas;** a prevalência da família**; ao direito de ser ouvido sobre seu destino e direitos**? Não dispõe, seu art. 17, sobre o direito ao respeito a sua inviolabilidade física, psíquica e moral?

Não prescreve, seu art. 70-A, inciso IV, o **apoio e incentivo à resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra criança e adolescente?**

Estamos, porém, em sede penal.

Compete ao Ministério Público, a esta Casa, defender sem tréguas e implacavelmente a sociedade que representa e a aplicação estrita da lei.

Adotar-se a tese proposta pelo ínclito Magistrado e com base nesse posicionamento jurisprudencial, imporia simultânea imputação de coautoria, aos responsáveis por M.R.L.C., pela longa e, depois, definitiva, anuência ao relacionamento.

Seria razoável tal proceder? Que conduta seria exigível àquelas pessoas comuns, aturdidas com o drama familiar? Que atitude adotar depois de uma tentativa de suicídio e uma fuga da menor, depois de surrá-la com cinto? Na Idade Média, a menina poderia ser coagida a entrar em um convento. Décadas atrás, era comum, em um colégio interno. Mas esse tempo passou.

Como nos povos primitivos, em assembleias tribais, tumultuada reunião concluiu que a única saída era entregar a menor à **guarda** do indiciado e sua família. E, claro, encerrar o assunto na Delegacia.

Examinado, o fato, tantos anos **depois**, quando a ofendida já deve computar quase vinte anos e o indiciado quase vinte e seis, juntos ou quem sabe separados pela própria vida, sob sequelas irreparáveis, o acolhimento da decisão indeferitória desaguaria, também, em nome da obrigatoriedade da ação penal pública, em uma denúncia contra o acusado por crime que lhe custaria o mínimo de **oito anos de reclusão.**

Optou, a douta Promotoria, pelo arquivamento.

Considerou faltante a prova da ciência da idade, a ensejar um erro de fato.

Não é de todo inviável essa tese. Mas, como assevera o nobre Magistrado, devia existir esse conhecimento, visto que o namoro foi longo e eram vizinhos.

Existiria o erro de proibição, como também aventado?

É uma grande pergunta. Abre um leque de indagações, eis que mesmo em Altas Cortes é preciso garimpar entre muitas pedras para encontrar o que realmente vigora no País.

Lembra esta Assistente, anos atrás, Procuradora perante uma Câmara Cível, ter visto um eminente e culto Desembargador determinar que **a parte provasse a existência da lei, diga-se de passagem, federal.**

Nós, também, que lidamos com a evolução legislativa, a ela não só atentos como ainda alertados das alterações frequentes, tantas vezes precisamos consultá-las, minuciosamente, surpreendidos por sucessivas inovações multiplicadas por novas e diversificadas exegeses, inclusive importadas de outros sistemas.

Vigora, todavia, e não nos pejarmos de respaldá-lo, nos atos que firmamos, *o preceito do art. 21 do CP, que considera inescusável o desconhecimento da lei.*

Imposto o exame objetivo do caso concreto, indaga-se, esta Assistente: afinal, no conhecimento do homem médio, *namorar, nos moldes atuais e modernos, a menor de quatorze anos constitui estupro ou, antes, constituía atentado violento ao pudor?*

Quiçá, algum mais precavido e frio, *antenado*, sem as motivações da paixão, recorresse ao Google. Iria à Wikipedia. Acharia que não. Acreditaria que não. É uma enciclopédia, disponível a todos, confiável para muitos. Armazena, exatamente, *o conhecimento comum a todos, compartilhando informações*. Existe, ali, até um *"Portal do Direito"*.

Independentemente de qualquer consulta, porém, não se pode negar que, para a grande maioria da população, mesmo nas camadas mais letradas, bem informadas, **para haver estupro**, como pensava a mãe da menor, é e **era necessária** a conjunção carnal, o coito, ou ato **equivalente.**

Por isso consentira **no namoro.**

Sem imaginar sequer, no ambiente limitado e precário em que vivia, que, na ótica dos Tribunais Superiores, já existia o crime.

Os jovens namoravam. Sem o jarro no meio. Sem a tia na sala. A mãe sabia e permitia. Todos sabiam.

Quando a genitora menciona *mais ou menos seis meses antes*, está-se referindo, evidentemente, **à ciência das relações sexuais**.

No entanto, o fato principal, o **namoro** que constituía, pela incapacidade da menor de consentir, um **atentado violento ao pudor**, começara sob suas bênçãos muito tempo atrás, tempo que os testemunhos firmam em cerca de um ano antes de eclodir o registro na DP.

Um ano antes da representação significa **maio de 2009.**

O texto penal em vigor, àquela época, art. 225, estabelecia que, nos casos de crimes contra os costumes e a liberdade sexual, a ação penal era **privada**, mas, se a vítima não tivesse como prover as despesas do processo, procedia-se mediante **representação.**

Foi essa a iniciativa materna. E dela **retratou-se no mesmo mês do registro, em maio de 2010,** conforme fls. 31**, quando já vigente a nova lei.**

Ocorre que, independentemente da **retratação,** no caso tão ineficaz quanto a própria **representação,** iniciado o prazo de seis meses para representar contra o acusado, a partir do conhecimento do **fato**, portanto, do **namoro,** conduta complexa e evolutiva por natureza**, definido então como atentado violento ao pudor** e considerada a lei mais benigna, operou-se a **decadência** por decurso de tempo fatal e insuscetível de interrupção, na forma do art. 107, IV, c.c. 103 do Código Penal, sendo vedado pelo art. 5º, XL, da Magna Carta, retroagir a lei nova, senão para beneficiar.

Em Direito Penal, sublinhe-se, o parâmetro são os **fatos,** *independentemente de sua definição típica, tal como deles teve ciência a mãe da menor, um ano antes de comparecer à DP, época em que a legislação era mais benevolente e emprestava maior ênfase à privacidade da vítima e de sua família.*

Na verdade, no caso *sub censura*, sequer se trata de irretroatividade da ***novatio legis in pejus***. Cuida-se de típico exemplo de **ultra-atividade de lei mais benigna.**

No julgamento do RE em Repercussão Geral que analisava a minorante do art. 33 § 4º da Lei nº 11.343/2006, em conjunto com a Lei nº 6368/1976, o Pretório Excelso assentou:

> No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retro incidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, **a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo:** o art. 12 da Lei nº 6.368/1976, a incidir por **ultra-atividade**. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (STF. RE 596152 RG / SP. Rel. p. Ac. Min. Ayres Britto. Pleno. Julg. 13.10.2011). No mesmo diapasão: A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/1976". (STF. HC 95435/RS. Rel. p. Ac. Min. Cezar Peluso. 2ª T. Julg. 21/10/2008).

Tratando-se de matéria de ordem pública que pode e deve ser suscitada em qualquer tempo ou instância, independentemente de provocação, opina-se, sob esse enfoque, por que se insista no pedido de arquivamento.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 2016.

SONIA SIMÕES CORRÊA FORTES

Assessora Criminal

APROVO

ANTONIO CARLOS BISCAIA

Assessor Chefe Criminal

Processo **0074110-41.2016.8.19.0054**

MPRJ 2016.00436007

2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOÃO DE MERITI

INDICIADO: MAREMBERG DOS SANTOS ALMEIDA FILHO

ARTIGO 217A CP

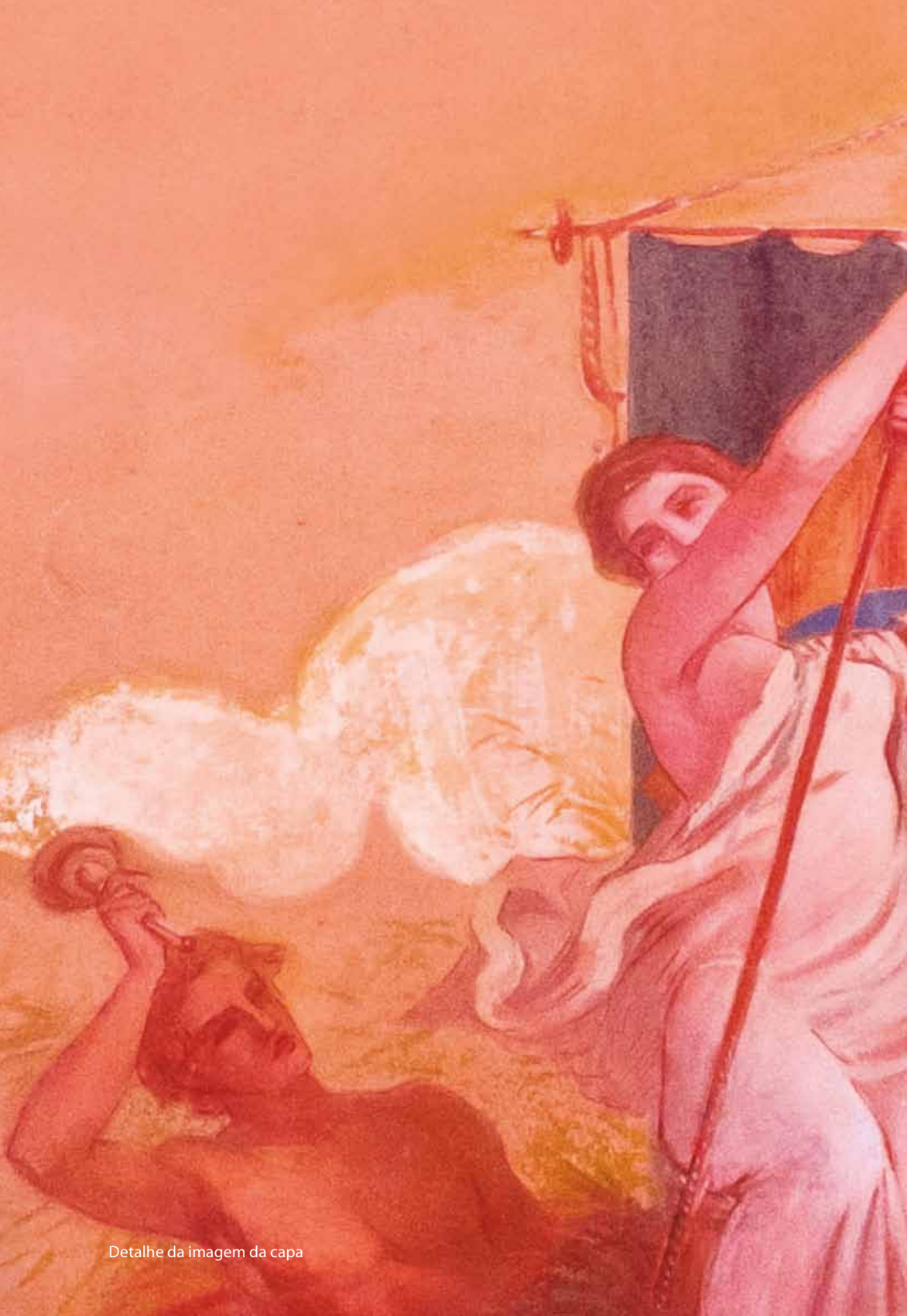
Aprovo o parecer da d. Assessoria Criminal. Com fulcro no art. 28 do CPP, insisto no arquivamento requerido nos autos do Pr. **0074110-41.2016.8.19.0054** (MPRJ 2016.00436007) da 2ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti. Dê-se ciência ao ilustre Promotor de Justiça MARCUS EDOARDO DE SÁ EARP SIQUEIRA. Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2016.

ALEXANDRE ARARIPE MARINHO

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais

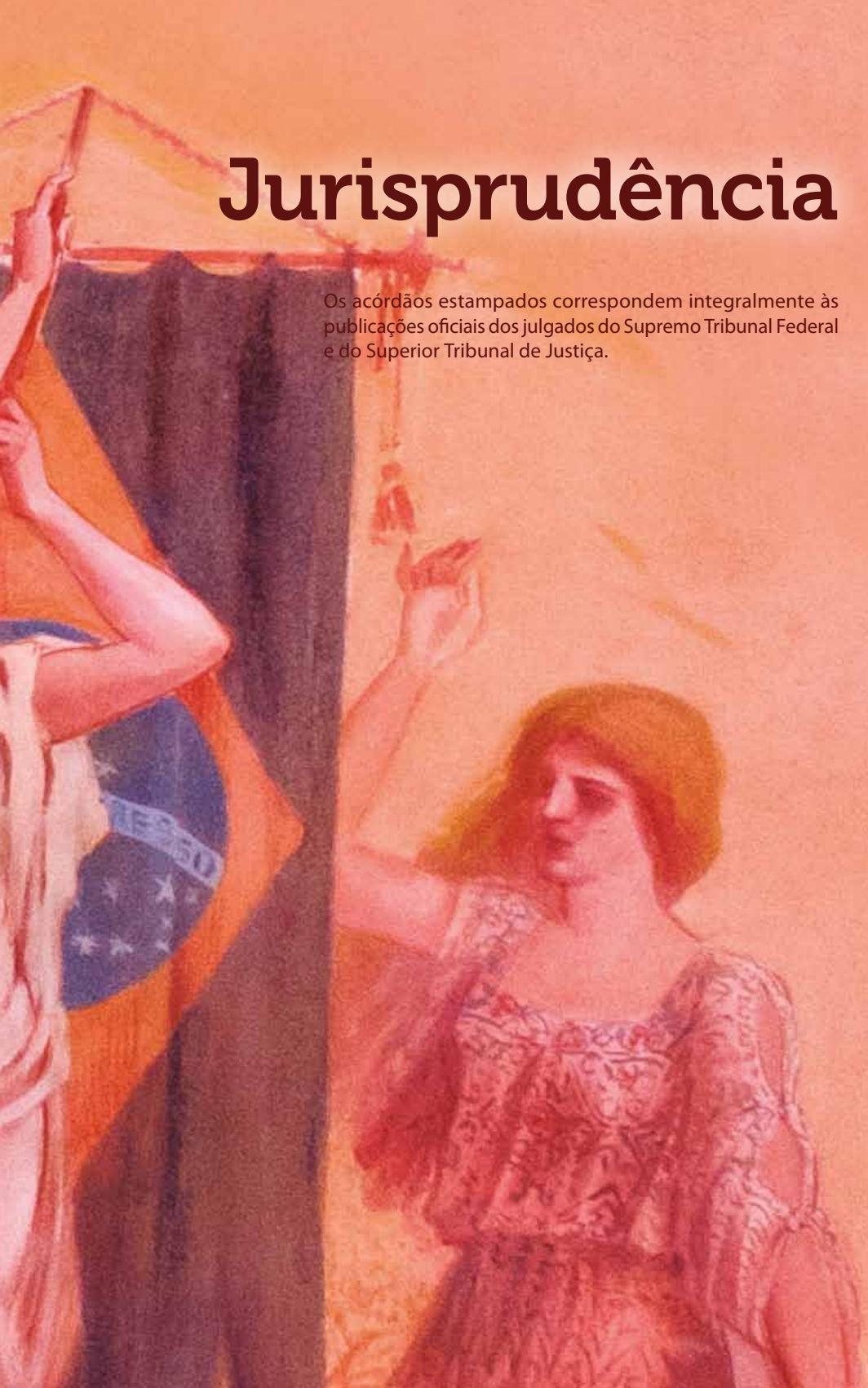
Processo da Assessoria Criminal nº MP-2016.00436007 (Origem: Processo nº 0074110-41.2016.8.19.0054, distribuído ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti – IP nº 0954-01239/2010 da DEAM- São João de Meriti) – Confirmo o arquivamento.



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

• • •

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 745.745 – MG

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO** (**LEI** Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA *À SAÚDE* DA CRIANÇA **E** DO ADOLESCENTE – **DEVER ESTATAL RESULTANTE** DE NORMA CONSTITUCIONAL – **CONFIGURAÇÃO**, *NO CASO*, **DE TÍPICA HIPÓTESE** *DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL* **IMPUTÁVEL** *AO MUNICÍPIO* – **DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO** *POR INÉRCIA ESTATAL* (**RTJ** 183/818-819) – **COMPORTAMENTO** *QUE TRANSGRIDE* A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (**RTJ** 185/794-796) – **A QUESTÃO** *DA RESERVA DO POSSÍVEL*: **RECONHECIMENTO** *DE SUA INAPLICABILIDADE*, **SEMPRE** QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA **PUDER COMPROMETER** *O NÚCLEO BÁSICO* **QUE QUALIFICA** *O MÍNIMO EXISTENCIAL* (**RTJ** 200/191-197) – **O PAPEL** DO PODER JUDICIÁRIO **NA IMPLEMENTAÇÃO** DE POLÍTICAS PÚBLICAS **INSTITUÍDAS** PELA CONSTITUIÇÃO **E** *NÃO EFETIVADAS* PELO PODER PÚBLICO – **A FÓRMULA** *DA RESERVA DO POSSÍVEL* **NA PERSPECTIVA** *DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS*: **IMPOSSIBILIDADE** DE SUA INVOCAÇÃO *PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO* **DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO** *CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS* AO PODER PÚBLICO – **A TEORIA** DA "*RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES*" (**OU** DA "*LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES*") – **CARÁTER COGENTE E VINCULANTE** DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS,

INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, **QUE VEICULAM** DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, **ESPECIALMENTE** *NA ÁREA DA SAÚDE* (**CF**, ARTS. 6º, 196 **E** 197) – **A QUESTÃO** DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" – **A COLMATAÇÃO** DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS *COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL* FUNDADA EM COMPORTAMENTO **AFIRMATIVO** DOS JUÍZES **E** TRIBUNAIS **E DE QUE RESULTA** *UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL* DO DIREITO – **CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE** DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO**:** *ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL* **QUE SE JUSTIFICA** *PELA NECESSIDADE* DE OBSERVÂNCIA *DE CERTOS* **PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS** (*PROIBIÇÃO* DE RETROCESSO SOCIAL, *PROTEÇÃO* AO MÍNIMO EXISTENCIAL, *VEDAÇÃO* DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE **E** *PROIBIÇÃO* DE EXCESSO) – **DOUTRINA** – **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **EM TEMA** DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS **DELINEADAS** NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (**RTJ** 174/687 – **RTJ** 175/1212-1213 – **RTJ** 199/1219-1220) – **EXISTÊNCIA**, NO CASO EM EXAME, *DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL* – **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**.

ACÓRDÃO

Vistos, **relatados** e **discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 02 de dezembro de 2014.

CELSO DE MELLO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo, *tempestivamente interposto*, **contra** decisão **que conheceu** do agravo (**previsto e disciplinado na Lei** nº 12.322/2010), **para negar seguimento** ao recurso extraordinário, **eis que** o acórdão recorrido **está em harmonia** com diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte.

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando o provimento** do agravo que deduziu.

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, *à apreciação desta colenda Turma*, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, **eis** que a decisão agravada **ajusta-se**, *com integral fidelidade*, **à diretriz jurisprudencial firmada** pelo Supremo Tribunal Federal **na matéria** ora em exame.

Com efeito, **a discussão** sobre **a essencialidade do direito à saúde** fez com que o legislador constituinte qualificasse, *como prestações de relevância pública*, as ações e serviços de saúde (**CF**, art. 197), **em ordem a legitimar** a atuação do Poder Judiciário **naquelas hipóteses** em que os órgãos estatais, *anomalamente*, **deixassem de respeitar** o mandamento constitucional, **frustrando-lhe**, *arbitrariamente*, **a eficácia jurídico-social**, *seja* por **intolerável** omissão, *seja* por qualquer outra **inaceitável** modalidade de comportamento governamental **desviante**.

Assim, a questão central da presente causa **é verificar** *se se revela possível* ao Judiciário, **sem que incorra** em ofensa ao postulado da separação de poderes, **determinar a adoção**, *pelo Município*, quando **injustamente** omisso **no adimplemento** de políticas públicas **constitucionalmente** estabelecidas, de medidas **ou** providências **destinadas a assegurar**, *concretamente*, à coletividade em geral, **o acesso e o gozo** de direitos **afetados** *pela inexecução governamental* de deveres jurídico-constitucionais.

Observo, *quanto a esse tema*, que, **ao julgar a ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF** nº 345/2004):

> ***ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL*** *DO CONTROLE* ***E*** *DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO* ***EM TEMA*** *DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS,* ***QUANDO CONFIGURADA*** *HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.* ***DIMENSÃO POLÍTICA*** *DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL* ***ATRIBUÍDA*** *AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* ***INOPONIBILIDADE*** *DO ARBÍTRIO ESTATAL* ***À EFETIVAÇÃO*** *DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS.* ***CARÁTER RELATIVO*** *DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.* ***CONSIDERAÇÕES*** *EM TORNO DA CLÁUSULA* ***DA*** *"****RESERVA DO POSSÍVEL****". **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO**, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS,* ***DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE*** *DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR* ***DO*** *"****MÍNIMO EXISTENCIAL****". **VIABILIDADE INSTRUMENTAL*** *DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO* ***NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO*** *DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE* ***SEGUNDA*** *GERAÇÃO).***Salientei**, *então*, **em referida decisão**, que o Supremo Tribunal Federal, *considerada a dimensão política da jurisdição constitucional* outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se** *do gravíssimo encargo* **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais **que se identificam** – enquanto direitos **de segunda** geração (**ou** de segunda dimensão)

> – **com** as liberdades positivas, reais **ou** concretas (**RTJ 164/158-161**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 199/1219-1220**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

É que, *se assim não for*, **restarão comprometidas** *a integridade* **e** *a eficácia da própria Constituição*, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional, **motivada** *por inaceitável inércia governamental* **no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu**, *em tema de inconstitucionalidade por omissão*, por mais de uma vez (**RTJ 175/1212-1213**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **o Supremo Tribunal Federal**:

> ***DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.***
>
> *– **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. **A situação de inconstitucionalidade** pode derivar **de um comportamento ativo** do Poder Público, **que age** ou **edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um "**facere**" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.*
>
> *– **Se o Estado deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **em ordem** a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse "**non facere**" ou "**non praestare"**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando **é nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando **é insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.*
>
> *– **A omissão** do Estado – **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*
>
> (**RTJ 185/794-796**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

É certo – *tal como observei no exame* **da ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** nº 345/2004) – **que não se inclui**, *ordinariamente*, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário – **e** nas desta Suprema Corte, *em especial*

– **a atribuição de formular e de implementar** políticas públicas (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina,1987 item nº 05, p. 207.), **pois**, *nesse domínio*, o encargo reside, *primariamente*, nos Poderes Legislativo **e** Executivo.

Impende assinalar, *contudo*, **que a incumbência de fazer implementar** políticas públicas **fundadas** na Constituição **poderá** atribuir-se, *ainda que excepcionalmente*, **ao Judiciário**, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, **vierem a comprometer**, *com tal comportamento,* **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, *como sucede na espécie ora em exame*.

Corretíssimo, *portanto*, **o v. acórdão** emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **que bem examinou** a controvérsia constitucional, **dirimindo-a** com apoio em fundamentos **que têm o beneplácito** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar, *por oportuno*, **fragmento** *dessa unânime decisão* **proferida** pelo E. Tribunal de Justiça local, **cujo teor acha-se a seguir reproduzido**, *no ponto que interessa à resolução do presente litígio*:

> Anoto que é fato incontroverso a inexistência de rede municipal de assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo capaz de atender a demanda do Município de Belo Horizonte. Estes os fatos.
>
> No que respeita ao direito, anoto que o art. 196 da Constituição da República dispõe que a saúde é direito de todos e o Estado tem o dever de promover ações preventivas ou de recuperação de quem esteja doente. A norma constitucional enfocada decorre do princípio da dignidade humana estabelecido no art. 1º, III, da mesma Constituição.
>
> Ressalto que é certo que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional deste é a de exercer o controle judicial do referido ato. Deve distanciar-se do critério político, isto é, fica circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato. Todavia, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, não está substituindo o Administrador Público, mas apenas determinando que se cumpra a lei.
>
> Não se pode perder de vista que o objetivo maior do Administrador é o bem estar público. E, no caso, este bem-estar é a proteção das crianças

> e adolescentes em situação de riscos, os quais, efetivamente, têm o direito de serem amparados pelo Poder Público. E este, insista-se, tem a obrigação, dentre outras, de garantir a assistência integral à saúde, conforme estabelece o § 1º, do art. 227, da Constituição da República.
>
> Está patenteado o desrespeito ao direito à saúde, constitucionalmente assegurado ao menor. E, na condição de executor das ações e serviços afetos ao sistema único de saúde, o apelante voluntário omitiu-se quanto ao seu dever elementar.
>
> Portanto, a sentença está correta e merece integral confirmação.Mais do que nunca, **é preciso enfatizar** que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, **qualifica-se** como expressiva **limitação** à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência **de arbitrária** recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima** (**sem** qualquer ofensa, *portanto*, **ao postulado** da separação de poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses **e** de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a *decisão política fundamental* que o legislador constituinte **adotou** *em tema de respeito* **e** *de proteção ao direito à saúde*.

Cabe referir, *neste ponto*, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República, **hoje** eminente Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (*Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. Max Limonad, 2000. p. 59, 95 e 97), **cujo magistério**, a propósito **da limitada** discricionariedade governamental **em tema de concretização** das políticas públicas constitucionais, **corretamente assinala**:

> **Nesse contexto constitucional,** que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador **está vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão **é passível** de responsabilização **e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.**
>
> Como demonstrado no item anterior, **o administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.
>
> **Conclui-se**, portanto, **que o administrador não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade **e** conveniência **de implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

> As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto** à norma **e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, **a concretização** da ordem social constitucional. (grifei)

Não deixo de conferir, *no entanto*, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente *à* "reserva do possível" (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Fabris Editor, 2010. vol. 1; HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: Norton,1999; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Renovar, 2002. p. 245/246; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Lumen Juris, 2005. p. 190/198, itens nºs. 9.5 e 9.6. p. 345/347, item nº 15.3), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (*usualmente onerosas*) de determinados direitos **cujo adimplemento**, *pelo Poder Público*, **impõe e exige**, *deste*, prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, *contudo,* ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – **o ilegítimo**, **arbitrário e censurável** propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência (**ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** nº 345/2004).

Cumpre advertir, *desse modo*, **que a cláusula** da "*reserva do possível*" – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo *objetivamente aferível* – **não pode** ser invocada, *pelo Estado*, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, *dessa conduta governamental negativa*, **puder resultar** nulificação **ou**, *até mesmo*, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** *de um sentido de essencial fundamentalidade*.

Tratando-se *de típico direito de prestação positiva*, **que se subsume** ao conceito de liberdade real **ou** concreta, **a proteção** à saúde – que compreende **todas** as prerrogativas, individuais **ou** coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 196) – **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal

comando, o Poder Público **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, **e de cujo exercício** possa resultar, *paradoxalmente*, **com base em simples alegação** de mera conveniência **e/ou** oportunidade, **a nulificação mesma** dessa prerrogativa essencial.

O caso ora em exame **põe** em evidência **o altíssimo** relevo jurídico-social **que assume**, em nosso ordenamento positivo, **o direito à saúde**, **especialmente** em face do mandamento **inscrito no art. 196** da Constituição da República, **que assim dispõe**:

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

Na realidade, **o cumprimento** do dever político-constitucional **consagrado** no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, **consistente na obrigação** de assegurar, **a todos**, a proteção à saúde, **representa** fator, que, **associado** a um imperativo de solidariedade social, **impõe-se** ao Poder Público, *qualquer que seja a dimensão institucional* em que atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional **desautoriza o acolhimento** do pleito que o Município de Belo Horizonte **deduziu** em sede recursal extraordinária.

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida **no exercício da Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da presente causa (**Pet 1.246/SC**), **entre proteger a inviolabilidade** do direito à vida **e** à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável **a todos** assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196) – **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo**, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica **impõem**, **ao julgador**, **uma só e possível opção**: aquela **que privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, **conduz** os Juízes **deste** Supremo Tribunal **a proferir decisão que se projeta** *no contexto das denominadas* "escolhas trágicas" (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. W. W. Norton & Company, 1978.), **que nada mais exprimem senão** o estado de tensão dialética **entre** a necessidade estatal de tornar concretas **e** reais as ações e prestações de saúde **em favor** das pessoas, *de um lado*, **e** as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, **sempre** tão dramaticamente escassos, *de outro*.

Mas, *como precedentemente acentuado*, a missão institucional desta Suprema Corte, **como guardiã da superioridade** da Constituição da República, **impõe**, *aos seus Juízes*, **o compromisso de fazer prevalecer** os direitos fundamentais da pessoa, **entre os quais** avultam, *por sua inegável precedência*, **o direito** à vida **e o direito** à saúde.

Cumpre não perder de perspectiva, *por isso mesmo*, que o direito público subjetivo à saúde **representa** prerrogativa jurídica **indisponível**, assegurada **à generalidade** das pessoas **pela própria** Constituição da República. **Traduz** bem jurídico constitucionalmente tutelado, **por cuja integridade deve** velar, *de maneira responsável*, o Poder Público, **a quem incumbe formular** – **e implementar** – políticas sociais e econômicas **que visem a garantir**, *aos cidadãos*, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita **no art. 196** da Carta Política – que tem por destinatários **todos** os entes políticos **que compõem**, *no plano institucional*, **a organização federativa** do Estado brasileiro (JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1993. vol. VIII/4332-4334, item nº 181.) – **não pode convertê-la** *em promessa constitucional inconsequente*, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** *justas expectativas* nele depositadas pela coletividade, **substituir**, *de maneira ilegítima*, **o cumprimento** de **seu** impostergável dever **por um gesto irresponsável** de infidelidade governamental **ao que determina** a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, **incide**, *sobre o Poder Público*, **a gravíssima** obrigação de tornar efetivas **as ações e prestações de saúde**, **incumbindo-lhe** promover, **em favor** das pessoas **e** das comunidades, **medidas** – preventivas **e** de recuperação –, que, **fundadas** em políticas públicas **idôneas**, tenham por finalidade **viabilizar e dar concreção** ao que prescreve, **em seu art. 196**, a Constituição da República, **tal** como este Supremo Tribunal tem **reiteradamente** reconhecido:

> **O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.**
>
> – **O direito público subjetivo à saúde** representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à **generalidade** das pessoas pela **própria** Constituição da República (art. 196). **Traduz** bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve** velar, **de maneira responsável,** o Poder Público, **a quem incumbe** formular – **e implementar** – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a **garantir,** aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica ***e*** médico-hospitalar.
>
> **– O direito à saúde – além de qualificar-se** como direito fundamental **que assiste a todas as pessoas – representa** conseqüência constitucional **indissociável** do direito à vida. O Poder Público, **qualquer** que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente** ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, ainda que por **censurável** omissão, **em grave comportamento inconstitucional.**

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

– O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários **todos** os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode convertê-la** em promessa constitucional inconseqüente, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de **seu** impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.(**RE 393.175-AgR/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (**CF**, arts. 6º e 196) – **que representa**, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, **uma das expressões** mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe** ao Poder Público **um dever de prestação positiva** que **somente** se terá por cumprido, **pelas instâncias governamentais**, **quando estas** adotarem providências destinadas a promover, **em plenitude**, **a satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional.

Vê-se, *desse modo*, que, **mais do que a simples positivação** dos direitos sociais – **que traduz estágio necessário** ao processo de sua afirmação constitucional **e que atua como pressuposto indispensável** à sua eficácia jurídica (SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros, 2000. p. 199, itens nºs 20/21) –, **recai**, sobre o Estado, **inafastável vínculo institucional** consistente em conferir **real efetividade** a tais prerrogativas básicas, **em ordem** a permitir, **às pessoas**, nos casos **de injustificável inadimplemento** da obrigação estatal, **que tenham elas acesso** a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas **à realização**, *por parte das entidades governamentais*, **da tarefa** que lhes impôs a **própria** Constituição.

Não basta, *portanto,* que o Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, **seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido**, especialmente naqueles casos em que o direito – **como o direito à saúde** – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, **a implementação** de prestações positivas **impostas** pelo próprio ordenamento constitucional.

Tenho para mim, *desse modo*, **presente** tal contexto, **que o Estado não poderá demitir-se** do mandato constitucional, *juridicamente vinculante*, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, **e que representa** – *como anteriormente já acentuado* – **fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa do Poder Público,

cujas opções, *tratando-se de proteção à saúde*, **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio** em juízo **de simples** conveniência **ou** de mera oportunidade, **a eficácia desse direito básico** de índole social.

Entendo, *por isso mesmo*, como já anteriormente assinalado, **que se revela inviável** o recurso extraordinário **deduzido** pelo Município de Belo Horizonte, **notadamente** em face da jurisprudência que se formou, **no Supremo Tribunal Federal**, sobre a questão ora em análise.

Nem se atribua, *indevidamente,* ao Judiciário, **no contexto em exame**, uma (**inexistente**) intrusão em esfera reservada **aos demais** Poderes da República.

É que, **entre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (**de que resulta uma positiva** *criação jurisprudencial do direito*), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida **e** desrespeitada por pura, simples **e** conveniente **omissão** dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivam restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos Poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão institucional **e demonstrar**, *com esse gesto*, o respeito incondicional que tem **pela autoridade** da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, **realizada** em sede jurisdicional, **notadamente** quando emanada **desta** Corte Suprema, **torna-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras *de omissão inconstitucional* – **ainda que se cuide de omissão parcial** derivada *da insuficiente concretização*, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem comportamento estatal que deve ser repelido**, **pois a inércia do Estado qualifica-se** como uma das causas geradoras *dos processos informais de mudança da Constituição*, **tal como o revela** autorizado magistério doutrinário (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Max Limonad, 1986. p. 230/232, item nº 5; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra Editora, 1988. tomo II/406 e 409; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991. p. 46, item nº 2.3.4).

O fato inquestionável é um só: **a inércia estatal em tornar efetivas** as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo, **perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou**, *então,* **de apenas** executá-la **com o propósito subalterno** de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade **e** das consequências lesivas **derivadas** do gesto infiel do Poder Público **que transgride**, por omissão **ou** por insatisfatória concretização, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, *entre nós*, **já no período monárquico**, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos *em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo* (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. Malheiros, 1998. p. 226, item nº 4.; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Max Limonad, 1986. P. 217/218; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2ª ed. RT, 1970. *v.g.* tomo I/15-16).

O desprestígio da Constituição – por *inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa** *um dos mais graves aspectos da patologia constitucional*, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (*Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983. p. 222), **coloca em pauta** *o fenômeno da erosão da consciência constitucional*, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, **de um preocupante processo de desvalorização funcional** da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos**, **como resulta evidente** da seguinte decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> (…) **DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.**
>
> – **O Poder Público** – **quando se abstém** de cumprir, total **ou** parcialmente, **o dever** de legislar, **imposto** em cláusula constitucional, de caráter mandatório – **infringe**, com esse comportamento negativo, **a própria integridade** da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, **o preocupante fenômeno** da erosão da consciência constitucional (**ADI 1.484-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
>
> – **A inércia estatal em adimplir** *as imposições constitucionais* **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, **comportamento que deve ser evitado.** É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente,

> ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.
>
> **DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.**
>
> – **O direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, **quando também existir** – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...).(**RTJ 183/818-819**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Em tema de implementação de políticas governamentais **previstas e determinadas** no texto constitucional, **notadamente nas áreas de educação infantil** (**RTJ** 199/1219-1220) **e de saúde pública** (**RTJ** 174/687 – **RTJ** 175/1212-1213), **a Corte Suprema brasileira tem proferido** decisões **que neutralizam** *os efeitos nocivos, lesivos e perversos* **resultantes** da inatividade governamental, **em situações** nas quais **a omissão** do Poder Público representava **um inaceitável insulto** a direitos básicos **assegurados pela própria** Constituição da República, **mas cujo exercício** estava sendo inviabilizado **por contumaz** (e irresponsável) **inércia** do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, *em referidos julgamentos*, **colmatou** a omissão governamental, **conferiu** real efetividade a direitos essenciais, **dando-lhes** concreção, **e**, *desse modo*, **viabilizou** o acesso das pessoas **à plena fruição** de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes **estava sendo negada**, injustamente, **por arbitrária abstenção** do Poder Público.

Para além de todas as considerações que venho de fazer, **há**, *ainda,* **um outro** parâmetro constitucional **que merece ser invocado** no caso ora em julgamento.

Refiro-me *ao princípio da proibição do retrocesso*, que, **em tema de direitos fundamentais** de caráter social, **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (MENDES, Gilmar Ferreira; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed./2ª tir., p. 127/128. Brasília Jurídica, 2002; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 1998. p. 320/322, item nº 03; KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p.40; SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia

e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*. Notadez, 2001. p. 91/107, nº 12; ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. LTr, 2013. *v.g.* p. 107/139, itens nºs 3.1 a 3.4).

Na realidade, **a cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz**, *no processo de sua concretização*, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (**como** o direito à saúde), **impedindo**, *em consequência*, **que os níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** na hipótese – *de todo inocorrente na espécie* – **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, *sob todos os aspectos*, **o magistério** de J. J. GOMES CANOTILHO, **cuja lição**, *a propósito do tema*, **estimula** as seguintes reflexões (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 1998. p. 320/321, item nº 3):

> **O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.**
>
> **A idéia** aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contra-revolução social" ou da "evolução reaccionária". **Com isto quer dizer-se** que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), **uma vez obtido** um determinado grau de realização, **passam a constituir**, simultaneamente, uma garantia institucional **e** um direito subjectivo. **A "proibição de retrocesso social"** nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), **mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos** (ex.: **segurança social**, subsídio de desemprego, **prestações de saúde**), **em clara violação** do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (…). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os

> princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. **O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim:** o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "**lei do serviço de saúde**") deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (grifei)

Bem por isso, *o Tribunal Constitucional português* (**Acórdão** nº 39/84), **ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso**, **reconheceu a inconstitucionalidade** de ato estatal **que revogara** garantias **já conquistadas em tema de saúde pública**, **vindo a proferir decisão assim resumida** pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto **de que extraio o seguinte fragmento** (*Acórdãos do Tribunal Constitucional* Lisboa: Imprensa Nacional, 1984. vol. 3/95-131, 117-118):

> **Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais**, concretas e determinadas, **que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional** em sede de inconstitucionalidade **por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado** para cumprir essa tarefa, **e com isso atinge uma garantia** de um direito fundamental, **então a censura constitucional já se coloca** no plano da própria inconstitucionalidade **por acção.**
>
> **Se** a Constituição **impõe** ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, **então**, quando ela seja levada a cabo, **o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição.** O Estado **não pode voltar atrás, não pode descumprir** o que cumpriu, **não pode tornar** a colocar-se na situação de devedor. (...) **Se o fizesse, incorreria em violação positiva** (...) **da Constituição.**
>
> Em **grande** medida, **os direitos sociais** traduzem-se para o Estado **em obrigação de fazer**, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, **sistema de segurança social** etc.). **Enquanto elas não forem criadas**, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; **mas após terem sido criadas**, a Constituição passa a proteger a sua **existência,** como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede

> de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, **obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.**
>
> Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação **positiva**, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação **negativa.** O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, **passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.**
>
> Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do "Estado social". (grifei)

Em suma: **as razões ora expostas convencem-me da inviabilidade** do recurso extraordinário deduzido pelo Município de Belo Horizonte, em face das considerações expendidas, **nesta causa**, pelo v. acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Isso significa, *portanto,* **considerada a indiscutível primazia constitucional** reconhecida *à assistência à saúde*, **que a ineficiência** administrativa, **o descaso** governamental com direitos básicos do cidadão, **a incapacidade** de gerir os recursos públicos, **a incompetência** na adequada implementação da programação orçamentária **em tema** de saúde pública, **a falta de visão** política na justa percepção, **pelo administrador**, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, **a inoperância funcional** dos gestores públicos na

concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes **não podem nem devem representar obstáculos à execução**, *pelo Poder Público*, **notadamente** pelo Estado, **das normas** inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, **que traduzem e impõem**, ao próprio Estado, *um inafastável dever de cumprimento obrigacional*, **sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável** omissão governamental **importar** *em grave vulneração* a direitos fundamentais da cidadania **e que são**, *no contexto que ora se examina*, **o direito à saúde e o direito à vida**.

Desse modo, **entendo assistir razão** ao acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **que se ajusta**, *com absoluta fidelidade*, **à jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Impende ressaltar, *finalmente*, **no que se refere** *à alegada transgressão* ao postulado constitucional **que impõe**, *ao Poder Judiciário*, **o dever de motivar** suas decisões (**CF**, art. 93, IX), **que o Supremo Tribunal Federal** – *embora sempre enfatizando*

a imprescindibilidade da observância dessa **imposição** da Carta Política (**RTJ** 170/627-628) – **não confere**, *a tal prescrição constitucional*, **o alcance** que lhe pretende dar a parte ora recorrente, **pois**, *na realidade*, **segundo** entendimento firmado **por esta própria** Corte, "***O que a Constituição exige**, no art. 93, IX, **é que a decisão judicial seja fundamentada; não**, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: **declinadas no julgado as premissas**, corretamente assentadas ou não, **mas coerentes** com o dispositivo do acórdão, **está satisfeita** a exigência constitucional*" (**RTJ 150/269**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei).

Vale ter presente, *a respeito do sentido* que esta Corte tem dado **à norma** inscrita **no inciso IX** do art. 93 da Constituição, **que os precedentes** deste Tribunal **desautorizam** *a abordagem hermenêutica* feita pela parte ora recorrente, **como se dessume** *de diversos julgados* (**AI 731.527-AgR/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **AI 838.209-AgR/MA**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **AI 840.788-AgR/SC**, Rel. Min. LUIZ FUX – **AI 842.316-AgR/RJ**, Rel. Min. LUIZ FUX, *v.g.*), **notadamente** daqueles referidos pelo eminente Relator do **AI 791.792-QO-RG/PE**, Rel. Min.

GILMAR MENDES, **em cujo âmbito se reconheceu**, *a propósito* da cláusula constitucional mencionada, a existência de repercussão geral (**RTJ 150/269**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **AI 529.105-AgR/CE**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **AI 637.301-AgR/GO**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 327.143-AgR/PE**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, *v.g.*).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, *em consequência*, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 745.745

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 02.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ravena Siqueira – Secretária

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.130 – DF

RELATOR:MIN. EDSON FACHIN

IMPTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS

IMPDO.(A/S): RELATOR DA COMISSÃO ESPECIAL – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE ATOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NO RITO DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT* DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVER DE APRECIAÇÃO DA DENÚNCIA ORIGINALMENTE APRESENTADA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

1. No julgamento da ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, Redator para o Acórdão o Min. Luís Roberto Barroso, DJe 18.12.2015, o Tribunal assentou que no rito do processo de *Impeachment* cabe à Câmara dos Deputados autorizar ou não a instauração do processo contra o Presidente da República nos crime de responsabilidade e ao Senado Federal compete o recebimento, pronúncia e julgamento da denúncia, devendo o presente *writ* ser examinado à luz da Constituição, da Lei 1.079/1950 e, especialmente, do que esta Corte decidiu na ADPF 378.

2. Tratando-se de mera condição de procedibilidade para a instauração do processo de *Impeachment*, inexiste *fumus boni iuris* quanto às alegações de ofensa à ampla defesa e ao contraditório, consubstanciadas na ausência de notificação da denunciada sobre a realização de esclarecimentos acerca da denúncia e posterior indeferimento de pedido de reabertura de prazo para a manifestação da defesa, juntada de documento estranho ao objeto da denúncia e ausência de manifestação do Procurador da

impetrante na sessão de leitura do relatório na Comissão Especial. Isso porque, nessa fase ainda não há acusado ou litigante.

3. A autorização advinda da votação havida na Comissão Especial da Câmara dos Deputados é para o prosseguimento sob o teor da denúncia, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em Plenário, o que for estranho ao *vero e proprio* teor primeiro da denúncia.

4. Medida liminar indeferida.

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 julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o requerimento do Advogado-Geral da União, suscitado da tribuna, de realizar sustentação oral, vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, que o acolhiam. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de medida liminar e firmou entendimento no sentido de que "(...) a autorização advinda da votação havida na comissão especial é para o prosseguimento sob o teor da denúncia original, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em plenário da Câmara dos Deputados, o que for estranho ao teor 'vero e próprio' do teor primeiro da denúncia", vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, nos termos dos seus votos. Ao final do julgamento, submetida questão ao Plenário, pelo Presidente, os Ministros presentes autorizaram que fosse consignado em ata que o objeto de deliberação pela Câmara estará restrito à denúncia recebida pelo Presidente daquela Casa, ou seja, i) "seis Decretos assinados pela denunciada no exercício financeiro de 2015 em desacordo com a LDO e, portanto, sem autorização do Congresso Nacional" (fl. 17 do documento eletrônico nº 6) e ii) "reiteração da prática das chamadas *pedaladas fiscais*" (fl. 19 do documento eletrônico nº 6).

Brasília, 15 de abril de 2016.

Ministro **EDSON FACHIN** – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Senhor Presidente, trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado pela Senhora PRESIDENTE DA REPÚBLICA, neste ato representada pelo Advogado-Geral da União, em face de atos praticados pelo PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS no exercício de suas competências e do PRESIDENTE E RELATOR DA COMISSÃO ESPECIAL que aprovou o parecer pela admissibilidade da apuração de Denúncia por Crime de Responsabilidade nº 01/2015.

De partida, sustenta-se na inicial: i) a competência do Supremo Tribunal Federal para a realização de controle dos atos da Câmara dos Deputados no *rito* do processo

de *Impeachment* que atentem contra normas constitucionais e procedimentais; ii) o cabimento do mandado de segurança e a necessidade de sua livre distribuição; iii) não se tratar de ato *interna corporis* da Câmara dos Deputados, inexistindo, assim, ofensa à separação de Poderes; iv) que, se aplicariam ao processo de *Impeachment* as garantias fundamentais que viabilizam o exercício da ampla defesa, incluída a necessidade de apresentação de imputações claras, objetivas e circunscritas ao seu objeto, sem que haja ampliação posterior ou ao longo do processo.

No mérito, alega-se um conjunto de violações a macular os atos realizados nos autos da DCR nº 01/2015, que ora se sintetiza, tal qual feito pela Impetrante (eDOC 1, p. 5/6):

a) Os limites da denúncia foram extrapolados nos debates e discussões encetados perante a Comissão Especial, o que redunda na inviabilização da efetiva defesa, diante da constante modificação dos fatos imputados;

b) No plano de trabalho da Comissão, foi determinada a realização de "esclarecimentos" sobre a denúncia, sem, no entanto, que a principal interessada no processamento, ora autora do *mandamus*, tenha sido notificada daquele ato, do qual decorreu notável ampliação dos fatos supostamente ensejadores da prática de crime de responsabilidade;

c) Além disso, naquela sessão em que ocorreram os "esclarecimentos", houve total extrapolação dos termos da denúncia, sendo tratados aspectos alheios aos trabalhos da Comissão, inviabilizando-se a construção de uma defesa materialmente hábil, diante da evidente *mutatio* emprestada às imputações;

d) Foi juntado aos autos do processo que tramita na Comissão Especial documento absolutamente estranho ao objeto da denúncia, a saber, a colaboração premiada realizada em processo penal pelo Senador Delcídio do Amaral, em que pese a total desconexão dos supostos fatos ali narrados com o objeto da denúncia;

e) Foi indeferido o pedido de reabertura do prazo para a defesa, diante da colheria dos "esclarecimentos" acerca da denúncia apresentada e acolhida, o que impossibilitou o exercício de direito de defesa proporcional ao que efetivamente vem sendo imputado;

f) Em confronto com a legislação de regência, foi indeferido ao defensor constituído pela impetrante na sessão em que se realizou a leitura do relatório produzido pelo Deputado Jovair Arantes, no dia 6 de abril de 2016, o direito à voz;

g) Foram indicadas, no parecer elaborado pelo relator da Comissão Especial, diversas imputações e considerações de cunho persuasivo, totalmente desconectadas do teor da denúncia, em flagrante e inconstitucional ampliação do espectro das imputações das quais foi a ora impetrante intimada para se defender, o que redunda na construção de um processo em que se inviabiliza a construção de uma defesa substancialmente adequada;

h) Foi aprovado pela Comissão Especial parecer elaborado pelo Deputado Jovair Arantes, maculado por todos os vícios acima narrados, entre outros que serão demonstrados;

i) Foi determinada pela Mesa da Câmara dos Deputados a leitura em Plenário e a publicação da íntegra do mencionado parecer, no Diário da Câmara dos Deputados, novo ato praticado subsequentemente às nulidades já apontadas e igualmente eivado por elas.

Postula, assim, a concessão de liminar alegando a fumaça do bom direito e a configuração de perigo de demora, especialmente por ser o processo de *impeachment* assaz célere e diante da dificuldade de, após deliberação do Plenário da Câmara, os alegados direitos da Impetrante serem restabelecidos por eventuais medidas judiciais que possam surgir posteriormente.

Requer, liminarmente, que o Presidente da Câmara dos Deputados, sua Mesa Diretora e qualquer de seus órgãos se abstenham de levar ao Plenário a deliberação referente à DCR nº 1/2015 até que sanadas todas as alegadas violações ou a apreciação do MS pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

No mérito requer a nulidade de todos os atos do processo de DCR nº 1/2015 posteriores à decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que permitiu a juntada aos autos do Termo de Colaboração premiada do Senador Delcídio do Amaral.

Subsidiariamente, requer: i) o reconhecimento da nulidade do Parecer e de sua leitura em Plenário, com a consequente ii) determinação de elaboração de novo Parecer nos estritos limites da denúncia originalmente recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados; iii) o desentranhamento dos autos de todos os termos de colaboração premiada de qualquer pessoa, bem como de qualquer documento estranho às matérias recebidas pelo Presidente da Câmara dos Deputados; iv) o reconhecimento da nulidade da realização da sessão de oitiva dos denunciantes ocorrida em 30.03.2016 e o desentranhamento de quaisquer atos com ela relacionados; v) caso reconhecida a validade desta última, seja reaberto o prazo de 10 (dez) sessões para que possa a Impetrante fazer a apresentação da defesa.

É o breve relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Em 18 de dezembro pretérito votei pela seguinte compreensão relativamente ao alcance do direito ao contraditório no processo de *Impeachment*:

> O direito ao contraditório e à ampla defesa implica: (i) dar interpretação conforme ao art. 20, § 2º da Lei 1.079/50 a fim de firmar o entendimento de que antes da discussão em plenário seja lida a manifestação do Presidente da República sobre o parecer preliminar elaborado pela Comissão Especial; (ii) declarar a recepção do art. 22, *caput* da Lei 1.079/50 para que, no caso de o plenário decidir que a denúncia deve ser objeto de deliberação, o Presidente da República

> deverá ser notificado para contestar a denúncia, indicando meios de prova; (iii) dar interpretação conforme ao art. 22, § 3º a fim de firmar o entendimento de que a oportunidade de contradizer o parecer final da Comissão Especial configura meio inerente ao contraditório.
>
> A indicação da tipicidade é pressuposto da autorização de processamento, na medida de responsabilização do Presidente da República nas hipóteses prévia e taxativamente estabelecidas.
>
> Em relação ao art. 23, § 1º, da Lei 1.079/50, deve-se dar interpretação conforme a Constituição vigente para inferir que à expressão "decretada a acusação", constante no art. 59, I, da Constituição de 1946, deve ser dirigida uma interpretação evolutiva, à luz do art. 51, I, da Constituição da República de 1988. Portanto, deve-se fixar interpretação constitucional possível ao § 1º do art. 23 da lei em comento, isto é, o efeito lógico da procedência da denúncia na Câmara dos Deputados é a autorização para processar o Presidente da República por crime de responsabilidade. Dessa forma, declara-se a não recepção dos artigos 23, § 5º; 80, *caput*, *ab initio*; e 81 da Lei 1.079/50.

No entanto, o Plenário deste STF decidiu que, conforme o voto do Redator para o acórdão, o Eminente Min. Luís Roberto Barroso:

> O papel da Câmara é de mera autorização de recebimento da acusação, e que, no Senado, existe o papel de recebimento da denúncia, de decisão de pronúncia e de condenação. Quanto aos ritos, que na Câmara há uma única votação por 2/3 (dois terços) sobre a admissão, ou não, autorização, ou não, da acusação e que, no Senado, há três votações: por maioria simples, para receber a denúncia; por maioria simples, para a pronúncia; e por maioria de 2/3 (dois terços), para a condenação (p. 142).

Mantenho a mesma convicção, nada obstante, em face do princípio da colegialidade, os pedidos para que se analisem eventuais irregularidades à luz do que esta Corte decidiu na ADPF 378 devem ser examinados sob a perspectiva do voto proferido pelo Eminente Min. Luís Roberto Barroso.

Esta questão suscito como preliminar, partindo de tal pressuposto, salvo se de modo diverso entender este Colegiado nesta data.

Passo então, em reputando superada a preliminar, a analisar as supostas irregularidades alegadas à luz do acórdão proferido na ADPF 378.

Relativamente (a) à extrapolação da denúncia nos debates e discussões perante a Comissão Especial, (b) à ausência de notificação da denunciada sobre a realização de

esclarecimentos sobre a denúncia e (c) à total extrapolação dos termos da denúncia, é de se destacar que o que está a se debater é a admissibilidade para a autorização do processamento e julgamento de *impeachment*. Por isso, o ônus probatório durante a tramitação do pedido de *impeachment* na Câmara dos Deputados, vem conforme itens 46 a 49 do Voto do Redator para o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

> 46. O rito do *impeachment* perante a Câmara, previsto na Lei nº 1.079/1950, partia do pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da CF/1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Estabeleciam-se, em virtude disso, duas deliberações pelo Plenário da Câmara: a primeira quanto à admissibilidade da denúncia e a segunda quanto à sua procedência ou não. Havia, entre elas, exigência de dilação probatória.
>
> 47. Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que, conforme indicado acima, alterou o papel institucional da Câmara no *impeachment* do Presidente da República. Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no caso Collor, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a esta Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade).
>
> 48. Nesse sentido, "as normas inscritas nos artigos 21 e 22, da Lei nº 1.079/1950, parecem-me mais adequadas ao processo de julgamento da denúncia e não ao procedimento de sua admissibilidade, que tem, no seu cerne, conteúdo político intenso, dada a própria natureza política do *impeachment*" (MS 21.564, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso). Não podem ser tidos por recepcionados pela Constituição de 1988 preceitos legais que atribuem à Câmara dos Deputados funções excedentes do papel de "autorizar (...) a instauração de processo contra o Presidente" (art. 51, I). Não se trata, neste ponto, de fazer prevalecer o rito do RI/CD em relação ao da Lei nº 1.079/1950, mas sim de constatar que a norma legal não foi, ao menos em parte, recepcionada pela Carta de 1988.
>
> 49. Assim, considero recepcionados pela CF/1988 os arts. 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, desde que interpretados conforme a Constituição, para que se entenda que as "diligências" referidas no art. 20 não se destinam a provar a (im)procedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia. Entendo ainda não recepcionados pela CF/1988 os arts. 22, *caput*, 2ª parte (que se inicia com a expressão "No caso contrário..."), e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, todos da Lei nº 1.079/1950, por incompatibilidade com os arts. 51, I, e 52, I, da Constituição de 1988.

Como se infere da leitura do voto vencedor na ADPF 378 tampouco se deveria admitir como ofensa ao direito ao contraditório os esclarecimentos propostos pela Comissão Especial, porquanto, conforme citado acima, "as diligências referidas no art. 20 não se destinam a provar a (im)procedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia."

Registro, novamente, que, por ocasião dos debates realizados no julgamento da ADPF 378, formulei questionamento acerca das alegações opostas pela impetrante. Nada obstante, nos debates, o Plenário desta Corte assentou que:

> O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Na condição de Relator, permito-me só fazer dois esclarecimentos acerca do debate riquíssimo, embora meus eminentes Pares tenham me ouvido ontem por aproximadamente duas horas, portanto, desbordei quiçá de um tempo razoável, que é o conceito Constitucional da duração do processo.
>
> Em relação à questão da votação aberta ou secreta, eu tive oportunidade de assentar quando proferi o voto que este é um ponto que se abre para duas vias, com solidez de sustentação em direções distintas – assentei isso no voto. Tomei o caminho da votação secreta não pela inconstitucionalidade formal do Regimento Interno, até porque ele estaria estribado na hipótese do art. 58 da Constituição, mas contrabalançando os dois princípios e reputando também possível que o princípio constitucional da publicidade, da qual deriva a transparência, pode, em determinados casos, ceder diante de alguns outros valores. Então, esse foi o caminho.
>
> Mas também acentuei – os Senhores devem estar lembrados –, tanto no início do voto, quanto nesse ponto e quanto ao final, que estava trazendo isso ao debate, à deliberação e, do ponto de vista da colegialidade, não teria dúvida em acompanhar a maioria se este Tribunal se inclinar pela votação aberta, até porque nós estamos comungando de todas as premissas. As premissas que o Ministro Barroso aqui traduziu são as mesmas que adotei no meu voto, pelo menos, até um determinado ponto. Essa é a primeira circunstância que disse ontem e estou agora a explicitar.
>
> A segunda, apenas uma preocupação em relação à consequência do rito que a divergência, o Ministro Barroso propõe. Fica a preocupação com esse rito mais abreviado na Câmara, com a devida vênia, que o direito da denunciada de se defender me parece que será bastante abreviado, porque, na Comissão Especial de cunho processante, a proposição que eu trouxe envolve três manifestações: logo após o parecer preliminar; depois da primeira discussão única no Plenário

> da Câmara, que admite a denúncia como objeto de deliberação, vinte dias para contestar e um conjunto de razões finais após o parecer final da Comissão. A adoção de um rito abreviado talvez – se é que eu alcancei a posição, a consequência – poderá afetar esses três momentos. Eu recomendaria que se refletisse a preservação desses três momentos até porque, no meu voto, tomei a liberdade de fazer, nesse ponto, uma longa sustentação, como decorrência do contraditório e da ampla defesa, não só da Constituição, como também de algumas regras e pactos internacionais internalizados entre nós. Então, esse é o segundo aspecto, que é, na verdade, mais, quem sabe, uma interrogação à divergência. E estou apenas ressaltando o que pontuei verticalizadamente no meu voto sobre esse aspecto.
>
> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Barroso, pelas minhas anotações, eu entendi que Vossa Excelência não divergia nesse aspecto da ampla defesa.
>
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – O rito na Câmara, eu proponho que seja exatamente o mesmo adotado para o *impeachment* do Collor, que teve dez sessões [para a defesa] estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, porque aquilo que se perde em ritualística na Câmara transferiu-se, por força da Constituição, para o Senado.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?
>
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Claro, com muito prazer.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A rigor, levando em conta a cláusula constitucional, ainda não temos, no âmbito da Câmara, nem acusado, nem litigante.
>
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É uma mera autorização. Vossa Excelência tem razão.

Como se observa da leitura dos debates que integram o acórdão, na tramitação do processo perante a comissão de *Impeachment,* pela orientação colegiada de dezembro pretérito, não há, ainda, a rigor, nem litigante, nem acusado. O que a impetrante objetiva, em verdade, é fazer prevalecer a tese que restou vencida no julgamento da ADPF, o que, a toda evidência, não tem cabimento.

Relativamente à (d) juntada de documento estranho ao objeto da denúncia, notadamente, a colaboração premiada realizada pelo Senador Delcídio do Amaral, tal elemento – a colaboração premiada anexada –, nos termos da Questão de Ordem de 31/03/2016, foi considerada como irrelevante para o Relatório final da Comissão

Especial, conforme se vê à página 58 do referido Relatório. Se é no Senado que o contraditório haverá de ser ampla e profundamente exercido, será nesse fórum – o Senado Federal – que eventual pertinência desse documento com a denúncia será avaliada, consoante a orientação da maioria que se formou neste colegiado em dezembro pretérito.

Em relação ao (e) indeferimento do pedido de reabertura de prazo para a defesa depois dos esclarecimentos prestados, melhor sorte não assiste à impetrante; seguindo a diretriz do voto majoritário na ADPF 378. Isso porque, nos termos da deliberação em referência, não se está a promover acusação, mas mera discussão sobre possível juízo de autorização para a instauração de processo de *impeachment*. Nesses termos, reporto-me ao item 49 do Eminente Min. Luís Roberto Barroso em que sua Excelência compreendeu o sentido de diligências como sendo aquelas tendentes a esclarecer a denúncia. Registro, ademais, que, conforme Requerimento nº 24/2016 a Comissão Especial convidou a impetrante a participar da fase de esclarecimentos.

A (f) falta de manifestação do Procurador da impetrante na sessão de leitura do Relatório não constitui cerceamento de defesa. Isso porque tal momento é de competência exclusiva dos Deputados membros da Comissão. Vale dizer, não cabe qualquer intervenção antes, durante ou depois tal sessão de leitura.

No que diz respeito (g) às diversas imputações e considerações supostamente desconectadas do teor da denúncia como originalmente formulada, como o que se apreciará no Plenário é mesmo teor inicial, não se sustenta a alegação de inviabilização de defesa adequada, pois a impetrante se manifestou sobre tais imputações no dia 04/04/2016, após o encerramento da fase de esclarecimentos, ocorridas nos dias 30 e 31 de março de 2016.

Portanto, tendo como baliza o voto majoritário na ADPF 378, não constatados os vícios alegados não há que se falar em nulidade do Parecer e, consequentemente, tampouco em necessidade de renovação de quaisquer dos atos já praticados, nos termos indicados pelos itens "h" e "i" constantes à fl. 6 da inicial da impetração.

Assento, nada obstante, e reitero, que a autorização advinda da votação havida na comissão especial é para o prosseguimento sob o teor da denúncia original, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em plenário da Câmara dos Deputados, o que for estranho ao *vero e proprio* teor primeiro da denúncia.

Conclui-se, por isso, à luz – repiso – da orientação pretérita majoritária, inexistiu *prima facie* o alegado *fumus boni iuris* na impetração, o que conduz, em homenagem ao colegiado que se formou dominante na ADPF 378, a não concessão da medida liminar.

É como voto.

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

IMPTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

IMPDO.(A/S): RELATOR DA COMISSÃO ESPECIAL – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) – Questão de ordem, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhoras Ministras.

Eu acompanhei a decisão desta Corte relativamente à questão de não cabimento de sustentação oral em mandado de segurança por força de edição do novo Código de Processo Civil, e obviamente não haveria eu de contestar um entendimento pacífico dos Senhores Ministros. Apenas quero fazer uma ponderação e um requerimento.

O novo Código de Processo Civil, como bem salientou o nobre Decano desta Corte, o Ministro Celso de Mello, não proíbe propriamente a sustentação oral, uma vez que ele admite a possibilidade de que, em havendo lei que trate do assunto ou o regimento interno, isso possa ser feito.

A lei que trata e disciplina o mandado de segurança – que foi, inclusive, mencionada por Sua Excelência, o Presidente – admite a possibilidade de sustentação oral em caso de julgamento do mandado de segurança, ou seja, em princípio, no caso de medida cautelar, aplicar-se-ia o Regimento desta egrégia Corte no sentido de não cabimento.

Porém, eu apenas quero postular, Senhor Presidente, o seguinte aspecto: o mandado de segurança impetrado por Sua Excelência, a Senhora Presidenta da República, é um mandado de segurança que, pelas suas próprias características, pode passar por uma análise desta Corte de eventual perda de objeto, se não concedida a medida liminar. Portanto, não terá este advogado e sua defesa a oportunidade, em princípio, de caso não concedida a liminar de, talvez, fazer uma sustentação oral a Suas Excelências, uma vez não concedida a medida cautelar.

Então, eu proporia, sob vênia e eventual incompreensão dos Senhores Ministros – a que acato, por óbvio –, que se buscasse, ao interpretar o novo Código de Processo Civil de maneira conjugada com a Lei que disciplina o mandado de segurança, a possibilidade de, em casos como este, excepcionalissimamente, em que pudesse haver a perda do objeto do mandado de segurança pela não concessão de medida liminar, que se deferisse, ao advogado do ou, no caso, da impetrante, a possibilidade da sua

sustentação oral para que evidentemente pudesse haver uma equiparação com as situações em que isso poderia ser feito no julgamento final do mandado de segurança.

É o pleito que faço a Vossa Excelência e, claro, com todo e devido acatamento e respeito a esta egrégia Corte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência está aduzindo um fato novo, dizendo, salvo melhor juízo, que essa liminar teria caráter satisfativo.

O SENHOR JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) – Sem sombra de dúvida, é uma avaliação que pode ser feita, uma vez que a votação é no domingo, e nós estamos, neste momento, pedindo uma medida liminar para avaliação desta egrégia Corte.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, acredito que o argumento que vem posto na tribuna, tendo em vista a circunstância presente, eis que nós nos encontramos muito possivelmente na última Sessão que precede a circunstância fática à qual o mandado de segurança se refere, parece-me que a hipótese, ainda que teórica, suscitada vai ao encontro de uma plausibilidade fática.

E por essa razão, Senhor Presidente, eu opinaria no sentido de deferir a sustentação oral.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, qual é o argumento do eminente Advogado-Geral da União?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – O argumento do Advogado-Geral da União é o seguinte: esta é a última oportunidade que ele teria de se manifestar perante a Corte, tendo em conta que a decisão que está sendo impugnada vai se concretizar no domingo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Portanto, é um julgamento definitivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, claro, a liminar é satisfativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso anterior, também tivemos o envolvimento de situação que se consumará no domingo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, mas o argumento não foi levantado e já precluiu. A matéria está preclusa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Esse argumento sequer é consistente, porque, se for indeferida a liminar, o mandado de segurança prossegue e pode-se

anular a decisão da Câmara. De fato, não tem consistência. Por esse argumento, tem que se indeferir o pedido feito pelo Advogado-Geral da União.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Inviável a postulação do eminente Advogado-Geral da União, **pois**, *mesmo que indeferida a cautelar* – **que se apoia** *em juízo meramente provisório* **e** *instável* –, o *writ* mandamental **poderá** vir a ser concedido, **com a consequente invalidação** da deliberação ora questionada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Além do que, do ponto de vista de política judiciária, nós estaremos tratando iguais desigualmente, porque, na mesma sessão, os advogados que postularam também a sustentação não conseguiram fazê-la.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro, *dormientibus non succurrit jus*, quer dizer, quem não levantou da tribuna essa questão, a matéria precluiu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas o argumento não é consistente, porque o mandado de segurança poderia ser concedido depois.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, eu gostaria apenas de justificar a posição que adotei no sentido de deferir a sustentação, eis que aqui há um pedido, inclusive em sede de liminar, que implicaria numa abstenção dos atos subsequentes. Portanto, ainda que obviamente faça sentido o exame de mérito futuramente em relação à segurança, há uma circunstância que diz respeito a um ato que será praticado e implicará, pelo menos nessa medida, num ou noutro sentido, no exaurimento. Só estou justificando, portanto, que me parece que o argumento sustentado, tendo em vista esse pedido concreto que vejo aqui, tem coerência na minha percepção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A extensão do pedido, em termos de liminar, não define o direito, ou não, à sustentação da tribuna.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, se houvesse possibilidade de converter o pedido de liminar em julgamento definitivo, eu não hesitaria. Mas evidentemente não temos condições, porque não houve sequer a prestação de informações.

Eu ouviria com grande prazer e proveito o Doutor José Eduardo Cardozo, que já esteve na tribuna outras vezes em sustentações de altíssima qualidade, porém, penso que, apesar da extraordinariedade da circunstância, não gosto de exceções, e esta seria uma exceção que não me daria conforto.

De modo que voto, lastimando, pelo não exercício do direito de sustentação.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Acompanho o Ministro Luís Roberto Barroso.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Também, Presidente, não deixando de me manifestar, tal como já foi feito, no sentido de que a sustentação oral seria muito proveitosa, com toda certeza, mas os argumentos foram apresentados numa longa petição, e tenho certeza de que tudo foi estudado pelos Ministros.

E, principalmente, nós teríamos a desonomia na mesma Sessão, um tratamento diferenciado, com as mesmas consequências.

VOTOS/QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu também, Presidente, teria imenso prazer de ouvir o excelente Advogado-Geral da União, mas tenho impressão de que temos de guardar coerência – como já se falou aqui - em relação inclusive a critérios adotados na mesma sessão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, desta vez, formo na corrente majoritária.

VOTO
(**s/ questão de ordem**)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia *para indeferir* o pedido do eminente Advogado-Geral da União, **formulado** da tribuna desta Corte, **pois**, *não obstante a vigência* **do novo** Código de Processo Civil, **ainda continua a subsistir** *a inadmissibilidade* da sustentação oral **em determinadas** causas, **como sucede** *com os pleitos de medida cautelar* (**RISTF**, art. 131, **§ 2º**).

Vale rememorar, *no ponto*, que referida norma regimental **teve a sua validade constitucional** *plenamente confirmada* por esta Suprema Corte (**RTJ 158/272-273**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **RTJ 190/894**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 91.765-MC-AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **inclusive** sob a égide *do novo* estatuto processual civil (**ARE 953.209-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

É o meu voto.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu vou pedir vênia aos demais que têm opinião contrária para acompanhar o Ministro Fachin.

Nós estamos diante de uma situação excepcional, qualquer decisão que venha a ser tomada pela Câmara dos Deputados neste domingo terá um impacto enorme, de caráter político, social e econômico; mesmo que depois a Corte reveja o entendimento num julgamento de mérito do mandado de segurança, os prejuízos serão irreparáveis. É como aquela figura bem conhecida: é um travesseiro de penas

que se abre do alto de um prédio e depois, quando as penas são espalhadas pelo vento, não se recuperam mais.

Por isso é que penso, inclusive em homenagem ao princípio da ampla defesa, que seria adequado ouvir o Advogado-Geral da União.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Fachin, então, aqui eu quero um esclarecimento de Vossa Excelência, se me permitir: quer dizer, o que vai ser submetido à apreciação, à votação, não é o relatório, mas é a denúncia.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – O relatório, na passagem entre a denúncia e a apreciação do Plenário, é a dimensão autorizativa para que a denúncia originária seja apreciada e votada, em um ou em outro sentido, pelo Plenário da Câmara dos Deputados. É o que estou assentando aqui como proposta de compreensão nesse momento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Então, Vossa Excelência está entendendo que o relatório é apenas um veículo para que a admissibilidade da denúncia seja apreciada pelo Plenário, tal como formulado originariamente na denúncia?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Exatamente, estou dizendo isso mais adiante.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, permita-me, com a devida ...

O SENHOR JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) – Só um esclarecimento, se Vossa Excelência me permitir, farei a pergunta, só isso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Isto está implícito no voto, Senhor Presidente: a denúncia original recebeu um despacho da Presidência da Câmara, e é esse despacho que está em questão.

Acredito, com a devida vênia, que isso já está implícito no que eu estou a assentar aqui.

O SENHOR JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) – E, aí, pergunto a Vossa Excelência, se me permite.

A minha questão é: não houve o recurso, então, na minha compreensão, eu fiz a defesa da denúncia recebida, embora o Presidente da Câmara tivesse apresentado a denúncia como um todo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Presidente, com a devida vênia do ilustre Ministro, eu concluí o voto, e ainda não estamos em fase de

embargos de declaração. Eu já esclareci, pedindo especial vênia ao ilustre Ministro, Advogado-Geral da União, que esse aspecto está implícito no voto. E certamente haverá aqui debate suficiente para eventualmente elucidar essa matéria, embora a intervenção Sua Excelência é sempre bem-vinda.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Como Presidente e dirigente dos debates aqui, eu entendi da conclusão do voto de Vossa Excelência que o que será votado é a denúncia, e não o relatório. Na denúncia, constam estas duas acusações:

1. A edição de seis decretos, não numerados, dos meses de julho/agosto do ano de 2015, todos fundamentados no art. 38 da Lei 13.080, de 2/1/2015, Lei de Diretrizes Orçamentárias;

2. O suposto inadimplemento financeiro da União perante o Banco do Brasil S.A.

É disso que a impetrante se defendeu, é isso que será votado?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – É disso que trato no meu voto e nessa perspectiva que estou apresentando.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ou seja, embora negando a liminar, Vossa Excelência está circunscrevendo o âmbito de votação da Câmara dos Deputados, dizendo que ela votará apenas a denúncia, nos termos em que foi recebida.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Eu estou procurando no voto fazer eventual esclarecimento – e já se percebe que o esclarecimento se torna necessário –, apenas elucidando essa circunstância para dizer que os pressupostos dos quais a impetração parte são pressupostos de que a denúncia, nesse momento, está consubstanciado num relatório. A denúncia é a denúncia, tal como formulada e tal como recebida. E é essa que vai para o Plenário da Câmara dos Deputados; portanto, é isso que estou assentando e, por isso, não vejo razão, nessa perspectiva, para deferir a liminar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência, inclusive, diz em seu voto: nada obstante, reitero que a autorização havida na Comissão Especial é para o prosseguimento sobre o teor da denúncia original, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em Plenário da Câmara dos Deputados, o que for estranho ao teor vero e próprio do teor da primeira denúncia.

Eu já havia entendido desde o primeiro momento. Esse esclarecimento dado agora pelo ilustre Relator, complementarmente – que nem seria necessário –, e a leitura que fiz da parte final esclarecem o que Vossa Excelência levantou da tribuna, eminente Advogado-Geral da União.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, estou acompanhando o voto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin nesse particular também.

Há duas queixas, digamos assim, impugnações por parte da Excelentíssima Senhora Presidente da República, sumariando: primeira, a de que o parecer iria além do objeto da denúncia, nos termos em que ela foi efetivamente recebida; e foi recebida em razão de decretos que abriram crédito suplementares e de operações de créditos supostamente ilegais; em seguida, um outro fundamento, resumidamente, seriam violações à ampla defesa e ao contraditório, porque, na sessão das oitivas dos denunciantes, não houve a intimação da Presidente da República, nem a participação do seu representante, pedido de aumento de prazo da defesa para responder aos fatos alegados que extrapolavam ao recebimento inicial e, na sessão de leitura do relatório, houve uma negativa de palavra ao Advogado da Presidente. Eu penso, tal como o Ministro Fachin, que a deliberação que será feita pela Câmara será nos termos da denúncia.

Eu li o parecer com a velocidade possível nas nossas circunstâncias. Eu até acho que o parecer diz muitas coisas além, mas, concretamente, fora o que seja *obiter dicta* ou contextualização, como ele chama, é disso mesmo que se trata, dessas duas imputações demarcadas pela denúncia.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Até porque, Ministro Barroso, se me permite, a pretensão dessa impetração, a rigor, é fazer um controle judicial do conteúdo do parecer, que eu, obviamente, não estou a acolher. Por isso que estou fazendo essa delimitação, e o parecer é o parecer da Comissão Especial na ambiência da Câmara dos Deputados. Estamos aqui em outra seara.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas eu interpretei o que está no parecer, que não seja as questões da denúncia, como *obter dicta* e não propriamente matéria a ser objeto da deliberação.

E, no tocante às violações à ampla defesa e ao contraditório, ainda quando a queixa e o inconformismo possam ser fundados sobre alguns pontos de vista, a verdade é que nós assentamos aqui que esta fase na Câmara ainda era uma fase pré-processual, portanto, uma analogia mais próxima a de um inquérito do que a de um processo já judicializado. Eu acho que a ampla defesa e o contraditório mais minuciosos, eu diria, serão exercidos eventualmente no Senado. Enfim, mas nós consideramos que a deliberação da Câmara era um juízo preliminar de político de mera autorização. Foi isso que nós entendemos. E, portanto, se é equiparável ao inquérito, esta é uma fase em que o contraditório é mitigado.

De modo que, ainda quanto à queixa de não tem podido responder a tempo e a hora a algumas imputações, inclusive fora do âmbito da denúncia, eu acho que não se aplica aqui, por decisão do próprio Supremo, um contraditório detalhado e minucioso.

De modo que com esses breves comentários, eu estou acompanhando o Ministro-Relator para denegar a liminar, não é isso Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Isso.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu me permito apenas fazer uma indagação ao egrégio Plenário que decorre da dicção do art. 218, § 8º, já referido nas discussões anteriores. Aqui diz o seguinte:

Art. 218.

(...)

§ 8º Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados.

§ 9º Será admitida a instauração do processo contra o denunciado se obtidos dois terços dos votos dos membros da Casa (...).

Então, eu estou entendendo que tanto o Ministro Relator quanto o Ministro Barroso estão afirmando – na medida em que o Ministro Barroso acolheu o voto do Ministro Relator – que o que será considerada é a denúncia naquele dois aspectos, e não o parecer.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, eu tentei, no meu voto, explicitar que a orientação majoritária contra o meu voto, o do Ministro Gilmar e do Ministro Toffoli se formou no sentido de delimitar essa fase como meramente autorizativa. E que, portanto, transferia ao Senado um papel de relevo, e, no meu voto, não estava posto dessa forma. Assim, a conclusão a que chego, e ao afirmar incidentalmente aqui essa circunstância – por isso é que não me leva, em hipótese alguma, na minha percepção, deferir a liminar –, é apenas a de inferir a coerência com o voto majoritário que entende, na decisão da Câmara, esse papel diferenciado daquele que eu propunha no voto vencido.

Portanto, essa interpretação que Vossa Excelência está a dar e mesmo esse dispositivo, no meu modo de ver, ele sucumbe diante do que prevaleceu majoritariamente em dezembro neste Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não há dúvida nenhuma com relação a isso. Eu também entendo que a Corte decidiu naquela ADPF que essa é uma fase de mera delibação na Câmara dos Deputados.

Mas o que eu estou entendendo que seria, digamos assim, para usar a palavra mais branda, uma certa demasia colocar-se em votação em Plenário uma imputação que atribui à Presidente da República fatos anteriores ao mandatos, ou fatos anteriores, inclusive, ao momento em que ela foi eleita da primeira vez. Quer dizer, então, a Câmara teria a amplitude de deliberar sobre qualquer assunto que extrapolasse a denúncia?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Não creio que me fiz entender, então, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, perdão, então, talvez eu não tenha entendido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Acho que não me expressei adequadamente.

O recebimento da denúncia a delimitou. Quando me refiro à denúncia original, estou me referindo à denúncia e ao recebimento, que, aliás, é autoridade da presidência da Câmara, nada mais, nada menos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não, está certo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, eu acho, como falei anteriormente, que o relatório diz muitas coisas, mas eu acho que diz como *obiter dict*a. Na parte que eu considero importante destacar aqui, eu vejo já na beira da conclusão, página 124:

"Contratação ilegal de operações de crédito"

E aí ele se refere ao relatório, especificamente:

"Com relação às supostas condutas atribuídas à Presidente da República, de *realização de operação de crédito ilegal com instituição financeira controlada* (no caso o Banco do Brasil, em 2015)"

Esse foi o objeto do recebimento da denúncia. Depois ele acrescenta:

"A título de contextualização, o Relatório das contas (...) de 2014"

Mas, aí, ele vai ao final e diz de novo:

> Com isso, concluímos que estão presentes os requisitos mínimos para a admissibilidade da Denúncia, quais sejam, a autoria e a tipicidade dos fatos narrados ante a hipótese prevista no art. 11, item 3, da Lei nº 1.079, de 1950, e da justa causa de pedir, *no que se refere às irregularidades relacionadas aos repasses não realizados ou realizados com atrasos pelo Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, relativos a equalização de taxas de juros relativas ao Plano Safra, no exercício de 2015*.

Portanto, eu acho que, quando chega na parte efetivamente conclusiva, o parecer é limitado ao que foi o objeto do recebimento da denúncia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – O restante seria *obiter dicta*?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – O restante é *obiter dict*a, exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Então, não deve ser considerado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Portanto, em rigor, enfim, a parte dispositiva – por assim dizer – do parecer cuida do que foi objeto do recebimento da denúncia. O que está a mais são opiniões que o Relator tem o direito de expor, mas acho que não será isso o objeto da deliberação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, Ministro Barroso, se me permitem.

Eu tomei esse ponto como nítido e, seguindo até o exemplo do Ministro Barroso, vou ler o trecho do próprio voto da Comissão Especial, item 2.9, página 127:

2.9. VOTO

> Da análise da admissibilidade jurídica e política da Denúncia de que se cuida, verifica-se haver indícios mínimos de que a Presidente da República, Sra. Dilma Vana Rousseff, praticou atos que podem ser enquadrados nos seguintes crimes de responsabilidades:

E menciona os dois que Vossa Excelência referiu-se antes: abertura de créditos suplementares por decreto presidencial, sem autorização do Congresso Nacional, e contratação ilegal de operações de crédito. Ou seja, o que eu estou a dizer guarda, pelo menos pelo que eu inferi, coerência com a denúncia, o seu recebimento e essa circunstância a que o próprio relatório se refere.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Bem, não, eu não estou contestando, absolutamente, o voto de Vossa Excelência. É que eu quero deixar esse ponto muito claro: que a denúncia se restringe apenas a esses dois aspectos. É isso, e a Câmara deve deliberar sobre esses dois pontos. Todo o mais é um excesso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – É, claro, Senhor Presidente, que abrir-se-á, em havendo prosseguimento, uma etapa diferenciada no Senado Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, claro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Mas essa impetração cuida deste momento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Se for para o Senado, apenas esses dois pontos que haverão de ser considerados.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, também vou acompanhar o eminente Relator. Não vejo aqui a presença dos requisitos para a concessão de medida liminar neste mandado de segurança.

As alegações da Senhora Presidente da República, na impetração, podem ser divididas em dois grandes blocos. Um referente à questão relacionada com o excesso. O mandado de segurança não deixa bem claro se é excesso na deliberação da Comissão. O que se afirma é que houve excesso nos debates feitos na Comissão, que teriam ido além do objeto da denúncia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Sustenta-se*, *nesta impetração mandamental*, que se registraram extrapolações *no curso* dos debates parlamentares, *cujo teor ter-se-ia projetado para além* dos limites materiais *delineados* no ato de recebimento da denúncia.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Isso.

E que também se juntaram documentos estranhos ao objeto. E que o objeto deveria ser a denúncia nos termos e nos limites em que foi recebida. Penso que o Ministro-Relator resolveu isso muito claramente, assim como o Ministro Barroso. Esse é o primeiro bloco de alegações.

O segundo bloco de alegações diz respeito a eventuais, a possíveis danos ao contraditório e à ampla defesa. Também, nesse ponto, o Ministro-Relator deixou pontuado que o procedimento, no âmbito da Comissão, tal como nós definimos no julgamento de dezembro, é um procedimento de admissibilidade da acusação.

Eu acrescentaria que, de qualquer modo, para não se transformar alegações de nulidade em mero formalismo fetichista, sempre é necessário – como, aliás, é a jurisprudência do Supremo em matéria penal – que se demonstre efetivo prejuízo decorrente da alegada nulidade por cerceamento de defesa. As várias oportunidades que a defesa teve de se manifestar no processo, penso eu, espancaram eventuais deficiências pontuais que podem ter havido aqui e ali. Não vi, no mandado de segurança, demonstração de prejuízo efetivo por eventuais inconsistências que possam ter havido em relação a contraditório e ao direito de defesa, notadamente no que se refere à falta de oportunidade para se manifestar sobre os esclarecimentos adicionais.

Com essas breves razões, também vou acompanhar o Relator, indeferindo a medida liminar.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, do quanto debatido, depreendi que o eminente Relator parte do princípio de que a denúncia há de ser apreciada nos exatos limites em que recebida. E digo isso – desconsiderada a discussão sobre ter havido ou não um aditamento com a juntada de documentos – porque, ao fazer a leitura da peça inicial do mandado de segurança, vejo que nela se alega, ou se afirma, que a denúncia apresentava uma terceira imputação, mas que recebida apenas quanto a duas imputações.

E por isso me parece que o ilustre Advogado-Geral da União veio defender a tese da preclusão, pois, no momento oportuno, não teria sido manejado o recurso previsto no Regimento Interno da Câmara.

Então, partindo do pressuposto de que estamos aqui a falar da denúncia nos limites em que recebida, eu acompanho integralmente o voto do eminente Relator no sentido também de que não se pode alegar cerceio de defesa em função do quanto decidido ao exame da ADPF nº 378.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, eu também destacaria que, na ADPF nº 378 o Supremo Tribunal Federal estabeleceu esse rito concedendo à Câmara apenas o poder de autorizar o encaminhamento do processo ao Senado Federal.

Então, na realidade, a questão do julgamento *ultra*, *extra* ou *citra petita* é uma questão que se dará no âmbito do Senado Federal, porquanto, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu de forma clara e precisa que a atuação da Câmara, tal como nessa novel redação da Constituição de 1988, é a de apenas autorizar o encaminhamento do processo para o Senado Federal.

Nada obstante, o Ministro Fachin e o Ministro Barroso deixaram bastante claro que o parecer se adstringe exatamente a esses dois fatos relativos à denúncia.

E também assiste razão ao Ministro Teori no sentido de que, nesta fase, não há nenhum prejuízo, e a Lei é clara no sentido de que não se decreta nenhuma nulidade quando não há prejuízo, por força do princípio da instrumentalidade das formas.

De sorte que, neste sentido, eu acompanho o voto do eminente Relator.

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

IMPTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DENÚNCIA POR

CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

IMPDO.(A/S): RELATOR DA COMISSÃO ESPECIAL – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S):SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, embora eu já tenha feito muitas intervenções, mas só para ir ao encontro da observação do Ministro Fux.

Novamente, o relatório da Comissão Especial faz referência a esse papel do Senado, na mesma página 127, quando diz:

> (...) o Senado Federal, no exercício de sua competência de proceder a novo juízo de admissibilidade – na verdade, é proceder, *rectius*

> ao juízo de admissibilidade; mas, enfim, está embutido aqui que é o juízo de admissibilidade – para instauração ou não do processo, – isto é, de recebimento ou não da denúncia – poderá eventualmente avaliá-las.

Ou seja, ali que vai se formar, por assim dizer, um libelo acusatório, o que vem ao encontro do que o Ministro Fux acaba de dizer.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, também acompanho o Relator, chamando atenção para a circunstância que foi por ele enfatizada, mas não minudenciada – como nem poderia, pela rapidez com que tivemos que nos preparar, e muito mais o Relator, para este julgamento -, de que, no evento 85 dos documentos juntados neste mandado de segurança, tem-se, pelo menos em algumas passagens, a cópia do parecer, e, em mais de uma ocasião, faz-se referência a eventos que dizem respeito a período anterior – nota em determinada página –, e que por isso, embora façam remissão reiterada, não poderiam ser incluídos fatos e atos supostamente praticados, mas que não dizem respeito ao atual mandato. Ou seja, o parecer, em mais de uma ocasião, faz referência exatamente a este dado que foi bem circunscrito pelo Relator. O que é objeto da denúncia é o que foi objeto do parecer, no que precisa ser agora submetido rigorosamente e estritamente.

Nos termos do voto do Ministro-Relator, estou acompanhando no sentido, portanto, de indeferir a liminar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, inicialmente gostaria de cumprimentar o eminente relator, ministro Fachin, por esse difícil trabalho, tendo em vista as circunstâncias, e cumprimentar Vossa Excelência também, Presidente, pela decisão tomada no sentido de cancelar a Sessão Extraordinária da quinta-feira às duas horas e transferi-la para este horário para que nós pudéssemos resolver todos esses casos pendentes. Foi extremamente salutar e militou no sentido da segurança jurídica.

Mas eu também, apreciando todas as questões e vendo as impugnações, já tinha entendido que algumas considerações, há passagens em que o Relator até diz que entenderia que seria possível ser mais abrangente etc., mas volta a dizer que está recebendo e considerando apenas a denúncia tal como ela foi admitida. Depois, diz também que o Senado poderá até ter outra consideração, mas volta a fazê-lo.

De modo que, como já apontou o ministro Barroso, essas considerações são considerações que se enquadram como *obiter dicta* nessa proposta de aceitação do relatório.

Assim, com essas breves considerações, e cumprimentando especialmente o ministro Fachin, acompanho integralmente seu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a esta altura, digo que a liminar deve ser concedida em algum sentido.

Ouvi os Colegas: todos estão de acordo em assentar que, no caso, a Presidente da República é julgada segundo os termos da denúncia e não os do parecer – que não sei quantas folhas tem –, no qual houve a junção de fatos – penso que isso é notório – estranhos à denúncia, tal como admitida pelo Presidente da Câmara. Na parte não admitida – ressaltou, em esclarecimento de matéria de fato, o Advogado-Geral da União, Doutor José Eduardo Cardozo –, não houve recurso para o Plenário, como previsto no Regimento Interno da Câmara.

Começo explicitando a fala no trecho transcrito no voto do Relator, para que não seja mal entendida, e se conclua que estou negando o que apontei como predicado, a coerência.

Pedi um aparte ao ministro Luís Roberto Barroso, após Sua Excelência ter consignado o rito na Câmara:

> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – O rito na Câmara, eu proponho que seja exatamente o mesmo adotado para o *impeachment* do Collor, que teve dez sessões (para a defesa) estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, porque aquilo que se perde em ritualística na Câmara transferiu-se, por força da Constituição, para o Senado – porque, realmente, ao Senado compete processar e julgar o Presidente da República.

Então, pleiteei o aparte:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte?

Estávamos em dezembro, ainda não tínhamos a atuação da Comissão Especial, quer considerada a primeira parte prevista na Lei nº 1.079/1950, quer a segunda parte.

Pedi o aparte a Sua Excelência, e ele disse:

> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Claro, com muito prazer.

Então, eu disse:

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A rigor, levando em conta a cláusula constitucional" – que é a cláusula, vamos explicitar aqui a uma interpretação autêntica, que encerra a medula do devido processo, e o processo começa na Câmara, gênero, ou seja, a cláusula que contempla o contraditório – ainda não temos, no âmbito da Câmara – àquela altura – nem acusado, nem litigante.

Podemos cogitar do que proclamou o ministro Luís Roberto Barroso – dez sessões para a defesa – se ainda não se tem a qualificação de acusado na Câmara, embora existente denúncia a encerrar imputação, ou imputações? A meu ver, não.

Há mais, Presidente.

Entendo que os fatos articulados na inicial do mandado de segurança foram comprovados. Realmente, num mandado de segurança, não se tem dilação probatória. Deve o impetrante juntar os elementos que evidenciem o que articulado como causas de pedir. E a seriedade dessas causas de pedir é enorme – a seriedade é enorme.

Aponta-se – e isso foi muito bem relatado pelo ministro Luiz Edson Fachin – haver algo que, praticamente, impediu o exercício do direito de defesa. Ressaltou-se, logo de início:

a) Os limites da denúncia foram extrapolados nos debates e discussões encetadas perante a Comissão Especial – como se se pudesse levar de cambulhada a imputação –, o que redunda na impossibilidade da efetiva defesa, diante da constante modificação dos fatos imputados;

b) No plano de trabalho da Comissão, foi determinada a realização de esclarecimento sobre a denúncia, sem, no entanto, que a principal interessada no processamento, ora autora do *mandamus*, tenha sido notificada daquele ato, do qual adveio notável ampliação dos fatos supostamente ensejadores da prática de crime de responsabilidade.

Além disso, naquela sessão em que ocorreram esclarecimentos, houve total extrapolação dos termos da denúncia, sendo tratados aspectos alheios aos trabalhos da Comissão, inviabilizando-se a construção de uma defesa materialmente hábil, diante da evidente *mutatio* emprestada às imputações.

Prossegue-se apontando-se que foi juntado, aos autos do processo existente na Câmara, objeto absolutamente estranho à denúncia.

Volto, Presidente, à Lei nº 1.079/1950, e não posso deixar de reconhecer que há uma razão de ser da existência do denominado parecer. Este ganha contornos, até mesmo, de verdadeira pronúncia, tanto que foi lido em sessão – acredita-se que para conhecimento geral por parte dos Deputados –, tal como redigido.

Admito que o Tribunal apontou que não se tem, no processo da Câmara, duas fases: a primeira seria a fase prévia – na qual não haveria mesmo o exercício do direito de defesa –, que desaguaria, a teor do disposto na Lei nº 1.079/1950, em uma deliberação para se assentar se, no caso, a denúncia – então, está-se circunscrito à

denúncia – é objeto ou não de deliberação, sendo que, observada essa primeira fase – o Tribunal assentou que a fase é única, que não existe –, voltaria o processo à Comissão para a instrução, que pressupõe a audição da envolvida, ou do envolvido, e emissão de um novo parecer quanto ao que seria, segundo a Lei nº 1.079/1950, a procedência, ou não, da imputação e a continuidade do processo de impedimento.

Creio que, considerado até o próprio sistema – e digo que, no processo-crime, há defesa prévia antes do recebimento da denúncia –, evidentemente tem-se fase de audição da interessada e outra, como está na lei, de verdadeira instrução. Segundo o § 1º do artigo 22, findo o prazo e com ou sem contestação – impugnação – da envolvida, da acusada, a Comissão Especial determinará as diligências requeridas por quem denunciou e também pela denunciada, ou o que julgar conveniente. E realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento de testemunhas de ambas as partes. Quer dizer, a menos que também declaremos – e teria enorme dificuldade em fazê-lo – que esse artigo 22 da Lei nº 1.079/1950 é inconstitucional, há de observar-se – admitida a fase única para parecer – o devido processo legal; e o que aponto como medula do devido processo legal, o contraditório, quando menos em homenagem ao sistema, no que no processo criminal comum, tem-se a defesa prévia antes do recebimento da denúncia.

Presidente, volto à minha frase inicial, há de haver, pelo consenso da maioria – e já não estou potencializando a própria óptica – o deferimento de alguma liminar, porque, senão, a deliberação na Câmara considerará, em última análise, o parecer que foi lido em Plenário, e nada surge sem uma causa, sem uma razão de ser, é o princípio do determinismo. Existe justificativa para esse parecer, no que norteia – e não é expungido do processo de impedimento –, a deliberação dos Deputados. Não tenho a menor dúvida de que os Senhores Deputados vão levar em conta a peça da Comissão Especial, tal como se contém.

Se o Tribunal conclui que a denúncia, como recebida pelo Presidente da Câmara, baliza a apreciação do Colegiado, deve sinalizar nesse sentido. A única forma de fazê-lo, com eficácia, é implementando uma liminar. Isso, se possível – e os Colegas já o assentaram – afastar as causas de pedir quanto à transgressão ao devido processo legal, no que se tocou o processo no âmbito da Câmara, sem se dar oportunidade, em certas fases, principalmente a que se apontou "como de esclarecimento" – não sei qual é o alcance dessa fase –, à interessada para que se pronunciasse; é o mínimo, o direito de ser ouvida no processo – ou não está em vigor o princípio do contraditório explicitado? O artigo 22 da Lei nº 1.079/1950 foi recepcionado pela Carta de 1988. É o princípio básico para marchar-se com segurança ouvindo-se – repito, é um direito até mesmo natural – o interessado quanto à imputação. O que será objeto de deliberação: a imputação contida na denúncia recebida ou as imputações contidas no parecer da Comissão Especial? O consenso é no sentido de ser a denúncia, tal como recebida pelo Presidente da Casa.

Presidente, fiquei vencido quando disse que, tendo a deliberação do Senado tamanha repercussão, a implicar, considerada a sequência do processo vindo da Câmara, o afastamento da Presidente da República, por 180 dias, essa medida deve pressupor

votação pela maioria qualificada, prevista na Constituição Federal, de 2/3. Mas o Tribunal aponta que não, que, em tal fase, a deliberação no Senado pode fazer-se por maioria simples; ou seja, há 81 senadores: presentes 42 senadores, a maioria simples – estou raciocinando em tese, mas espero que todos os senadores compareçam no dia da Sessão, cumprindo o dever e o mandato outorgado pelo povo brasileiro – pode estar consubstanciada em 22 votos, com consequência das mais gravosas, que é o afastamento do Presidente da República, da Chefia do Executivo Nacional.

Então, o que se constata? Que o processo, na Câmara, no qual se exige, para ter-se como autorizada a acusação, 2/3, é da maior valia, que abre a porta a um crivo do Senado da República, a ocorrer por maioria simples, desaguando, como já frisei, no afastamento da Presidente da República.

Indaga-se, então: não cabe limitar, pelo menos – já vou colocar em segundo plano as nulidades articuladas –, a acusação ao que constante da denúncia?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ou vamos ter, para confundir...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Expungir do parecer aquilo que sobeja relativamente à denúncia?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Extravasa os limites da denúncia. É o mínimo, Presidente, porque penso que a envolvida se defendeu, presente a imputação, tal como constante na denúncia, e não no parecer da Comissão Especial, votado e aprovado por maioria, sem exigir-se *quorum* especial.

Resultado: se o Supremo simplesmente silenciar quanto a essa questão, o que haverá? A consideração do parecer na extensão existente, objeto de leitura para a ciência daqueles que votarão, para a ciência dos Deputados federais, que, a meu ver, vão considerar esse parecer. Não sendo assim o parecer será um simples penduricalho? Não, não é um simples penduricalho. Há de haver nexo entre o conteúdo do parecer e a denúncia apresentada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vossa Excelência me permite mais um aparte?

Corroborando o que Vossa Excelência disse, exatamente é a preocupação que eu manifesto...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tenho certeza, Presidente, que assim ocorrerá.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não, é a preocupação que eu manifesto, porque o art. 218 § 8º, repito, diz que:

> Art. 218 -
> [...]

> § 8 - Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados.

Portanto, o parecer é que vai ser submetido à votação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não a denúncia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Não é a denúncia.

E deve haver uma correspondência – isso ficou assentado aqui no Plenário – entre a denúncia e o parecer. Todos assim afirmaram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi o que ouvi e percebi, considerada a voz dos Colegas.

Como a envolvida defendeu-se da denúncia, não se defendeu após a leitura do parecer no Plenário, evidentemente a deliberação do Colegiado maior, a deliberação dos 513 Deputados terá de considerar, estritamente, a denúncia, tal como recebida, e não um parecer que, é fato notório, extravasou, porque admitido pelos Colegas – o ministro Luís Roberto Barroso inclusive ressaltou que procedeu à leitura do parecer; eu não procedi...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – A jato, hoje teve um bocado de papel.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... extravasou a mais não poder – para utilizar uma expressão muito a meu gosto – as balizas da denúncia.

Presidente, peço vênia para acolher, em um primeiro plano, as preliminares de nulidade. Trata-se de processo seriíssimo. Para mim, ou ele se enquadra no figurino constitucional e legal, ou, não se enquadrando, não pode ir adiante. Vencido, nessa parte – e admito que serei vencido ante o que já ouvi, em termos de voto, dos Colegas –, creio que, consideradas as premissas desses votos, há de haver o implemento de liminar, para que fique estreme de dúvidas que a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados ficará estrita ao que se contém na denúncia admitida, não podendo o Colegiado levar em conta – e acredito que o pronunciamento do Supremo, se for nesse sentido, será observado – fatos diversos, constantes, não da denúncia, em que pesem os esclarecimentos que teriam sido prestados e se abriu prazo para o denunciante, e não para a denunciada – o parecer.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia* para, *acompanhando o substancioso voto* proferido pelo eminente Relator, *indeferir* a postulação cautelar *deduzida* pela Senhora Presidente da República.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu, examinando bem o material que tenho em mãos, concordo com o Ministro Marco Aurélio, no que diz respeito à necessidade que temos de implementarmos uma cautelar, tendo em vista a conclusão a que chegou o egrégio Plenário no sentido de que a denúncia deve cingir-se apenas àquelas duas acusações que foram recebidas pelo Presidente da Câmara. Esse entendimento foi unânime. Não houve uma voz dissonante com relação a esse aspecto.

Eu também entendo que o procedimento na Câmara é um procedimento que leva a um mero juízo de admissibilidade. Aliás, segundo a ADPF 378, é um juízo inclusive precário, porque pode ser alterado pelo Senado, de maneira que as nulidades arguidas na impetração devem ser examinadas com *grano salis*, ou seja, com uma certa relativização.

Eu não chego a ponto de assentar que houve nulidade por cerceamento de defesa, como o fez o eminente Ministro Marco Aurélio, até porque essa matéria está superada. O Plenário da Câmara, por ampla maioria, entendeu que não houve uma nulidade insanável. E seria, neste ponto – já é quase uma hora da manhã –, malhar em ferro frio, insistindo nesse aspecto. Mas que houve cerceamento de defesa, houve com muita clareza, tanto é que Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio assentou que os denunciantes foram ouvidos, ao passo que a denunciada não foi ouvida.

E houve, sim, um prejuízo. Esse prejuízo se materializou no sentido do extravasamento do parecer com relação àquilo que se continha na denúncia, que se circunscrevia apenas a duas acusações, que já foram lidas e relidas por vários dos Ministros que me antecederam.

Nesse sentido, considerando, inclusive, o que consta – insisto e repito mais uma vez – no art. 218, § 8º, que diz que o parecer é que será submetido à votação nominal por parte da Câmara dos Deputados, eu acolho um dos pedidos alternativos formulados na impetração, que é justamente o pedido alternativo que consta na alínea *c*, na página 54 – aliás, uma belíssima peça que nos foi oferecida pela AGU –, no sentido de que haja o devido desentranhamento dos autos da DCR 1, de 2015 – DCR deve ser Denúncia por Crime de Responsabilidade –, de todos os documentos relativos a colaborações premiadas de qualquer pessoa, bem como de qualquer documento que seja estranho às matérias recebidas pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Ou seja, se o § 8º do art. 218 estabelece que o parecer que é votado, e o parecer traz uma série de matérias extravagantes, esse parecer pode induzir a erro os nobres Parlamentares.

Então, pelo meu voto e sendo coerente com aquilo que foi decidido pelo egrégio Plenário, eu implemento parcialmente a medida liminar nesse sentido, para que seja expungido do parecer tudo aquilo que não consta da denúncia recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

E, em consequência, nada daquilo que conste da denúncia, se eventualmente aceita pela Câmara dos Deputados, possa ser apreciada pelo Senado Federal.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Dito que a maioria indeferiu a liminar, eu queria indagar do egrégio Plenário, na linha daquilo que sempre tem sido levantado pelo eminente Ministro Roberto Barroso de que nós temos que explicitar os fundamentos das nossas conclusões. Eu até anotei aquilo que disse aqui o nosso eminente Decano, as razões, os fundamentos da decisão no sentido de delimitar com muita precisão qual é a temática a ser submetida à deliberação da Câmara dos Deputados.

Então, embora nós tenhamos decidido pelo indeferimento da liminar, eu penso que poderá constar da ata o fundamento da decisão no sentido, pelo menos, aquilo que eu entendi do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – Senhor Presidente, o que Vossa Excelência acaba de dizer me parece coerente com o meu voto e com a percepção que aqui se formou. Está no fundamento, não está na decisão, mas integra o fundamento, e acredito que vem em boa hora a explicitação que Vossa Excelência faz.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Como sempre temos feito nos recursos extraordinários que são submetidos à repercussão geral.

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.130

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

IMPTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS (20562/DF)

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS (20562/DF)

IMPDO.(A/S): RELATOR DA COMISSÃO ESPECIAL – DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE Nº 1/2015

ADV.(A/S): RENATO OLIVEIRA RAMOS (20562/DF)

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o requerimento do Advogado-Geral da União, suscitado da tribuna, de realizar sustentação oral, vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski (Presidente), que o acolhiam. Em seguida, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de medida liminar e firmou entendimento no sentido de que:

> (...) a autorização advinda da votação havida na comissão especial é para o prosseguimento sob o teor da denúncia original, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em plenário da Câmara dos Deputados, o que for estranho ao teor "vero e próprio" do teor primeiro da denúncia,

vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Presidente), nos termos dos seus votos. Ao final do julgamento, submetida a questão ao Plenário, pelo Presidente, os Ministros presentes autorizaram que fosse consignado em ata que o objeto de deliberação pela Câmara estará restrito à denúncia recebida pelo Presidente daquela Casa, ou seja, *i*) "seis Decretos assinados pela denunciada no exercício financeiro de 2015 em desacordo com a LDO e, portanto, sem autorização do Congresso Nacional" (fl. 17 do documento eletrônico nº 6) e *ii*) "reiteração da prática das chamadas *pedaladas fiscais"* (fl. 19 do documento eletrônico nº 6). Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Missão de Observação Eleitoral da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), relativamente às Eleições Gerais do Peru, e da 13ª Conferência Europeia dos Órgãos Eleitorais – *New Technologies in Elections: Public Trust and Challenges for Electoral Management Bodies*, promovida pela Autoridade Eleitoral Permanente da Romênia e pelo Conselho Europeu/Comissão de Veneza, na Romênia. Plenário, 15.04.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, 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.

• • •

HABEAS CORPUS 126.292 – SP

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS

IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Jánot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

> As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (*v.g.*: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).
>
> Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.
>
> Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada "após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo" e, ainda, "sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado"; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Em 5.2.2015, deferi o pedido de liminar "para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP".

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. À vista da Súmula 691/STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, de regra, conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância. Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (*v.g.,* entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014). No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: "Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio". Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.

2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

> *Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido.

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, "com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva", de modo que "os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão" (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado "juízo de consistência da acusação", o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

> *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (…) 3.
>
> *Habeas corpus* denegado.
>
> (…) – A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE – PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO – A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

> Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece:

> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que "o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país" (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de

jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

> No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.
>
> Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.
>
> Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.
>
> O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.
>
> Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos,

> tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.
>
> Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam "fundadas razões" – art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.
>
> Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.
>
> Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (…)
>
> Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.
>
> Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos (*in:* Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema". A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (…)

O *Criminal Justice Act* 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*.

(…)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso* '*Coffin versus* Estados Unidos' em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(…)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(…)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, "nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato

das decisões proferidas pelos juízes". Prossegue informando que "o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão".

c) Canadá

(…)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível, depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso R. v. Pearson (1992) 3 S.C.R. 665 consignou que a presunção da inocência não significa, "é claro", a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(…)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (…) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (…)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (…) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (…). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (…)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (…)

f) Portugal

(...)

> O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.
>
> **g) Espanha**
>
> (…)
>
> A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (…)
>
> Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.
>
> **h) Argentina**
>
> O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.
>
> Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, "Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 84.078", p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a

conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

> Aliás, na maioria **esmagadora** das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, **não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45**, isto é, não **se revestem expressivamente** de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.
>
> Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram **providos**, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por** *habeas corpus*, **foram providos menos de 4% dos casos**.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

> Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar.

> Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP nº 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foram indeferidos. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: "Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213" (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor

Presidente, antes de tudo louvo o voto do eminente Relator, que traz à discussão e enfrenta com a propriedade e minudência, peculiar a Sua Excelência, os temas que envolvem essa importante questão que é o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade relacionado à possibilidade de execução penal após esgotadas as instâncias ordinárias. Subscrevo as conclusões de Sua Excelência em relação aos temas enfrentados pedindo vênia para, brevemente, destacar os aspectos que se me afiguram determinantes, aproveitando o ensejo, ainda, para breve reflexão sobre a vocação constitucional deste Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, eminentes pares, "não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra".

Essas palavras de Robert Jáckson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre, de certa forma expressam a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

Creio que a esta Corte, pela Constituição, foi atribuído o elevado e **precípuo** papel de guardiã da Constituição, cujo exercício se dá por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuído pela Constituição o elevado mister de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional.

Não desconheço que esta não é exatamente uma Corte Constitucional, nos moldes do sistema europeu continental, já que, pelo desenho que lhe deu a Constituição da República, há competências que desbordam dessa noção. Cito, entre outros exemplos, a competência originária decorrente do foro por prerrogativa de função, que nos incumbe de processar e julgar determinadas autoridades da República.

Essa competência, por certo, não se insere no rol daquelas que fazem deste Tribunal, primordialmente, uma Corte de Teses Constitucionais. É uma exceção que demandaria vontade política do Poder Constituinte Reformador para eliminar de nossa Carta Constitucional essa, a meu sentir, injustificável exceção ao princípio republicano.

Há, todavia, com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal, que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos.

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu.

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia.

Também não me refiro ao caso específico dos crimes dolosos contra a vida e à constitucionalmente proclamada soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, "c", da CF) que, a meu ver, opõe-se frontalmente à concepção segundo a qual as decisões condenatórias dos jurados – adjetivadas pela Constituição de soberanas – só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios.

Refiro-me, principalmente, secundando as conclusões do eminente Relator, ao arcabouço recursal desenhado pela Constituição Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar "injustiças do caso concreto". O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma **terceira** ou **quarta** chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a **transcendência** e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia,* os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios.

Essa jurisprudência já configura um limite imposto por essa Corte à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF. Defendo, na linha das razões muito bem articuladas pelo eminente Relator, que o limite deva ser maior.

Não depreendo da regra do art. 5º, LVII, da CF o caráter de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias.

Porque, *data venia,* no limite, é disso que se trata! Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, por fim, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição. Isso, todavia, não serve de argumento a conferir efeito paralisante à eficácia de absolutamente todas as condenações criminais assentadas em segundo grau.

Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus,* que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte.

Sendo assim, tenho a honra de acompanhar o voto do eminente relator.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO:

> ***Ementa***: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.
>
> **1.** A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).
>
> **2.** A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:
>
> (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infindável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: "A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade."

VOTO

1. O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do *delineamento da controvérsia*. A Parte II é dedicada à apresentação dos *fundamentos*

jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. Por fim, a Parte III expõe os *fundamentos pragmáticos para o novo entendimento*, preconizados no voto.

PARTE I
DELINEAMENTO DA CONTROVÉRSIA

I. A HIPÓTESE

2. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de indivíduo condenado pelo crime de *roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas* (Código Penal, art. 157, § 2º, I e II). De acordo com a acusação, o paciente, em 28.06.2003, juntamente com um cúmplice, teria subtraído da vítima, sob a mira de um revólver, a quantia de R$ 2.600,00. Em primeiro grau, o réu foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recurso de apelação, tendo sido determinada a expedição de mandado de prisão.

3. Em *habeas corpus* sucessivos, o paciente questionou, primeiro perante o Superior Tribunal de Justiça e, agora, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade de tal determinação. Em síntese, a discussão aqui travada consiste em saber se a Constituição admite ou não a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário.

II. A OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA MATÉRIA

4. A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade.[1] Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp).[2] Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutam de

[1] Sobre o tema, v. Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalvez, Inciso LVII do art. 5º da CF: Uma Presunção à Brasileira, mimeografado, 2009.

[2] Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Veloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confiramse, ainda, as Súmulas 716 e 717: Súmula 716 "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". Súmula 717: "Não impede a progressão de

efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

5. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa "engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária", de modo que "a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa".[3] Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se defende.

III. A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6. É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

7. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade.[4] Na linha do que escrevi em trabalho doutrinário:[5]

---

regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

[3] Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

[4] Sobre o tema, v. o trabalho seminal de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição. *In*: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Muller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto do dispositivo constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005. Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. Jean-Jácques Pardini, *Le juge constitutionnel et l 'fait' en Italie et en France*, 2001.

[5] Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015.

> A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.
>
> (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.
>
> (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.

8. Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora se encaminha para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%.[6] Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.[7]

[6] Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

[7] Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671,

10. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.[8] Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva[9] ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

12. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que

---

RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

[8] Transcrevo aqui observação feita durante o meu voto oral no julgamento: "E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Morais. Ele me disse: 'As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós'.Portanto, eu acho que a advocacia criminal merece apreço, merece respeito e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça. Mas os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interporem um recurso descabido atrás de outro recurso descabido para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição do seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional. No entanto, é um papel que se cumpre porque o sistema permite e o advogado se empenha em manter seu cliente fora da prisão. Portanto, não é uma crítica ao advogado. É uma crítica ao sistema".

[9] De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidade-em-2012

não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar.

PARTE II
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DACONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

I. O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5ª, LXI, da Carta de 1988.[10]

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que "ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", logo abaixo, o inciso LXI prevê que "ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente". Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança", admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade

[10] Apenas no caso de prisão em flagrante, a ordem escrita e fundamentada é dispensada. Porém, desde o advento da Lei nº 12.403/2011, o flagrante deixou de constituir título autônomo e válido para manter a segregação cautelar do indivíduo. Nessa hipótese, a lei passou a exigir que a autoridade judiciária competente examine, com a maior brevidade possível, a necessidade de manutenção ou não da prisão, exigindo-se então ordem escrita e fundamentada.

de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

17. Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.

II. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É PRINCÍPIO E COMO TAL ESTÁ SUJEITA À PONDERAÇÃO COM OUTROS BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

II. 1. A presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio

18. Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

19. Os direitos ou garantias não são absolutos[11], o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade "tudo ou nada": ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.[12]

---

[11] STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto."

[12] O *insight* pioneiro neste tema encontra-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título "*The model of rules*", *University of Chicago Law Review* 35:14, 1967-1968).

20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam "estados ideais".[13] Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no "tudo ou nada", constituindo antes "mandados de otimização", a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.[14] Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação,[15] tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*.

21. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.[16]

22. Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (*e.g.*, "quando imprescindível para as investigações do inquérito policial" – Lei nº 9.760/89 – ou "por conveniência da instrução criminal" – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.

---

[13] Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 56; e Ana Paula de Barcellos, Ponderação, *racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 173-174.

[14] Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: "Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas." (tradução livre).

[15] De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.

[16] Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, Tomo IV, 2000, p. 338: "a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)".

II. 2. As normas constitucionais em tensão na hipótese

23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediatamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade e o meio ambiente, entre outros.

II. 3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar

a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, "as causas decididas em única ou última instância". Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (*v.* art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*.[17]

28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.[18]

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988.[19] A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: "A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade".[20]

---

[17] Sobre o tema, v. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho, 2014, p. 482 e s; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2015.

[18] Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

[19] Luciano Feldens, *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, 2005; Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalvez, *Inciso LVII do art. 5º da CF*: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.

[20] Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, 1979, p. 78 (a 1ª edição é de 1764).

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

III. APÓS CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, A EXECUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUI EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA

III. 1. Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau

31. No tópico anterior, foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, *em regra*, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

32. O artigo 312 do Código de Processo Penal[21] prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) a conveniência da instrução criminal, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc.; (ii) a garantia de aplicação da lei penal, que busca evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) a garantia da ordem pública e da ordem econômica. Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do

[21] CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Poder Judiciário.[22] Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

33. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal.[23] Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril.

III. 2. Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer

34. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto.[24] No conhecido caso "Pimenta Neves", referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex- Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente

[22] Nesse sentido, confiram-se, exemplificativamente: (i) HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: "Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal."; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: "A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal".

[23] CF/88, art. 144. "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...". Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública. O uso abusivo da repressão penal em outras épocas da vivência brasileira não deve impedir o seu uso legítimo, ponderado e eficiente em um Estado democrático.

[24] Esta Corte, é claro, não se mostrou indiferente ao patente abuso do direito de recorrer, determinando, em alguns desses casos, a imediata execução da condenação. Porém, essa possibilidade não é suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal.

grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

35. Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-EDED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva.[25] Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

III. 3. A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade

36. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.

[25] Também esta exigência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia, previamente à realização do júri, está a exigir urgente reforma.

37. Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de "implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção".[26]

38. Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte". Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto.[27]

39. Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Parte III
FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*,[28] tem uma inegável dimensão

[26] Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

[27] Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 84.078', *In*: *Garantismo Penal Integral*, 2013, p. 453-477.

[28] Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais.

política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário:

> A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e **produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática).** A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora – i.e.*, uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e *construtivista*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.[29] (grifo acrescentado).

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim,

[29] Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

I. EQUILÍBRIO E FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infindável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existentes em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

II. DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

47. Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (*e.g.*, corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (*e.g.*, lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico:

> Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade.[30]

III. QUEBRA DO PARADIGMA DE IMPUNIDADE

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

---

[30] V. Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11- abr2016-versão-final-completa2.pdf. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, História do futuro, 2015, p. 177-78.

CONCLUSÃO

50. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: "A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade".

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, este *habeas corpus* não estava previsto com maior antecedência para a pauta de hoje e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer. Faço esse registro porque, quanto às colocações e às razões que estão levando o eminente Ministro Teori Zavascki a propor a revisão da jurisprudência desta Corte, eu compartilho das preocupações de Sua Excelência e louvo o belíssimo voto, assim como as oportunas colocações do Ministro Fachin e agora do Ministro Luís Roberto.

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida que os fatos e a própria realidade evoluem.

Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro Luís Roberto refere, sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos os dias enfrentando essa realidade –, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta. E digo por quê. Colho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no HC 84.078 – Tribunal Pleno, Diário de Justiça, de fevereiro de 2010, ou seja, há seis anos –, que por ele foi proposta a revisão da jurisprudência da Corte sobre o tema. E propôs a revisão da jurisprudência da Corte, que, como o Ministro Teori Zavascki acentuou, era firme no sentido da possibilidade de execução da pena na pendência ainda de recursos, vale dizer, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, assim fundamentando: "A execução da sentença, antes de transitada em julgado, é incompatível com o texto do art. 5, LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o Ministro Sepúlveda Pertence), no julgamento do HC nº 69.964, a seguinte assertiva" – (agora, palavras do Ministro Sepúlveda Pertence):

> (...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena.
>
> (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, *data venia*, que *hurlent de se trouver ensemble*. (...)

Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao art. 5º da Constituição de 1988, da antecipação provisória do cumprimento da pena.

Sigo lendo da fundamentação do HC citado:

> Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente – e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente –, anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada.
>
> Retomo, porém, o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mas, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.

Não ouso, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênia ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os

fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que depreendi do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinara "execute-se a pena", em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar.

Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

Senhor Presidente, aqui, em muitas ocasiões, nós aduzimos ao silêncio eloquente do constituinte originário em determinadas matérias. Mas, no meu modo de ver, aqui houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra *mater* de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada." Não há necessidade do trânsito em julgado.

Nós também, aqui, sempre nosso querido e dileto amigo Ministro Aurélio afirma que aqui não há semideuses, quer dizer, nós não temos a última palavra, porque sabemos mais do que todos. Então, se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue, aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente.

Por outro lado, Senhor Presidente, foi aqui destacado um aspecto muito importante que é, talvez, uma singularidade processual. A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão.

E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais.

E, eventualmente, *ad eventum*, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade.

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento.

Eu, como fui antecedido por três exemplares manifestações – Ministro Teori, Ministro Fachin e Ministro Barroso – não queria reiterar aspectos que aqui foram destacados. Mas, apenas, traria a lume, por fim, uma observação que parece muito importante. É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social – e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais – e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer –, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico.

E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais àquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral.

Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

> [...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

> [...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

Então, pedindo vênia à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente.

Lembro bem que, na última decisão que tomamos no *habeas corpus*, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria.

Eu, Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considerei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.

Portanto, naqueles julgamentos anteriores, afirmava que a mim não parecia ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena determinado quando já exaurida a fase de provas, que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute o direito.

E temos inclusive súmula, que aplicamos reiteradamente nos *habeas corpus* e em todos os outros processos, aqui incluídos os recursos extraordinários, a Súmula 279, que não permite revisão de provas nesta sede.

Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverão de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considerei e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.

Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, eu formei, como já foi até assinalado, a maioria que, no julgamento do caso do *Habeas Corpus* 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto a necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença.

A época, lembro-me de que o relator do processo era o ministro Eros Grau, mas se destacou, com muita ênfase, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, que ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva. São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Como já foi amplamente destacado aqui e tem sido objeto de ampla discussão e reflexão, nosso sistema é bastante singular, porque, ao contrário, por exemplo, do modelo alemão, não enseja o trânsito em julgado a não ser depois de ultimadas todas as providências verificadas no processo. Daí, termos visto o caso recente trazido ao Plenário, do ministro Dias Toffoli. Esses apelos, minúcias, expedientes, que vão ao extremo. No Direito alemão, uma *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, já se lançaria contra uma decisão transita em julgado. Foi, inclusive, o modelo que o ministro Peluso imaginou introduzir aqui, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado. Portanto, é a partir desse modelo positivo que muitas vezes se diz "mas o modelo alemão, por exemplo, leva isso em conta". Ou o próprio modelo espanhol, que não tem o recurso constitucional, mas tem o recurso de amparo. Em suma, seguindo as mesmas pegadas. Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o

recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões.

Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o *The Economist* fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, é só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater.

Já que Vossa Excelência citou o *The Economist*, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um *habeas corpus***,** demorem ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite.

Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça.

Ainda há pouco – e é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unaí, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico.

Um outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. Manda matar a suplente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, é no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ficou anos respondendo solto, vai a júri... Tem que se pensar em alguma coisa. O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves.

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração

como instrumento e impediente do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro, Vossa Excelência me permite um segundo? Apenas para fazer uma observação que me parece muito coerente com o que já foi dito até aqui. Em todos os casos isso é grave. Em todos os casos penais é grave.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.

A **SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** – A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está acontecendo. E quem é do interior – e o Brasil mora muito no interior –, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que se aplica a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou. Enfim, só para dar essa achega. Obrigada pelo aparte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Obrigado, ministra Carmen.

Agora eu também queria enfrentar a questão na perspectiva teórica da ideia da presunção de inocência ou presunção da não culpabilidade, que foi objeto de uma reflexão muito séria por parte do Tribunal. Acho importante o debate tendo como *leitmotiv* a ideia da presunção da não culpabilidade.

A mim me parece que nós temos uma sinalização de um instituto jurídico ou o desenho de uma assim chamada garantia institucional. O que se quer fundamentalmente? Que determinadas premissas básicas sejam seguidas. Agora, se nós notarmos, ao longo do desenho jurídico positivo, vamos ver que o próprio legislador lida com esse tema de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão. Logo, portanto, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Mas, para o recebimento da denúncia, já exige alguma coisa mais densa, a ideia da materialidade.

O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria a acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam "fundadas razões" – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

E, aí, eu vou citar um clássico do nosso Direito, que é Eduardo Espínola Filho, ao afirmar que "a presunção de inocência é vária", dizia ele na linguagem singular, "segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa" (ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436).

Portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa formula de tudo ou nada. E disso que se cuida quando Eduardo Espínola Filho fala dessa gradação.

Ou seja, é natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso e aceitável.

Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, "e", da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10).

Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012).

Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso.

Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante.

Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade.

Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que "Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema "*common law*", dividem os julgamentos nas fases de veredito (*verdict*) e de aplicação da pena (*sentencing*). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso Matijášević v. Serbia, nº 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência no sentido de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos.

Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. *Code* §3143 – determina a imediata prisão

do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea *a*), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas *b* e *c*). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas.

Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.

O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) afirma que as "sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado" (§449: "*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*"). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito ("*dringen verdächtig*") do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112ª do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342).

Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: "*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*" – Portugal – artigo 32, 2: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa" – e dos países de língua portuguesa em geral – Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2: 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tome e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1.

Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa, a presunção vige até o trânsito em julgado.

Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são "importante objeto de estudo", visto que "*é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais de Portugal, do Brasil, de Angola, de Guiné-Bissau, de Cabo Verde, de Moçambique, e de São Tomé e Príncipe*" (HORBACH, Carlos Bastide. *O controle de Constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, nº 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005).

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente

amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito.

Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento, algo diferenciado.

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.

E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus*.

Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação – tanto é que todos nós nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Cível em geral. E, daí, talvez a razão porque a proposta de emenda acabou por não ter o trâmite, a despeito do bafejo, do apoio que ela colheu na imprensa e também nos setores da política, porque é um juízo quase que unânime no sentido

de que há algo de extremamente singular no nosso sistema jurídico penal, mas, de fato, a ideia que Sua Excelência desenvolveu seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí valia tanto para as decisões de caráter penal como de civil, colocou realmente em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. Daí, portanto, a dificuldade que se colocou. Mas isso é até um dado muito curioso que fala bem da honestidade intelectual do ministro Peluso. Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para o debate, para a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, viu-se tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional que teve um trâmite bastante enfático e acentuado, eu acho que no Senado.

Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. E, à época, eu imaginei que a própria ressalva, que o ministro Peluso tinha trazido quanto à possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau, fosse mais abrangente do que poderia ser, porque, de fato, em alguns casos, nós podemos chegar, após a decisão de segundo grau, à aplicação da prisão como garantia da ordem pública. Mas como fazê-lo, por exemplo, em casos graves de homicídio? Crimes que causam desassossego nas comunidades e que o réu responde solto? Vai a júri? Vai recorrer sucessivamente?

Nós temos inclusive hoje uma dificuldade e esse é um outro dado importante, que nós até temos tido essa reflexão na Turma, alonga-se por demais a submissão de alguém ao julgamento do júri. Por quê? Porque se espera também a preclusão definitiva da chamada decisão de sentença de pronúncia. Portanto, isso vem em recurso para o tribunal de apelação e depois vem ao STJ e, muitas vezes, vem até ao Supremo Tribunal Federal, frequentemente em *habeas corpus*, em suma, buscando a revisão da sentença de pronúncia. E, veja, o Brasil, nesse sentido, é um país, Presidente, Vossa Excelência tem os dados, inclusive, no CNJ, certamente surreal. Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável porque nós estamos falando da prescrição *longi temporis*, a mais ampla que se pode imaginar, mas eu me deparei com isso em Pernambuco, em que, em vários casos, teve-se de fazer mutirão, porque, veja, algo que seria impensável, que é a possibilidade de ter-se prescrição em função desse alongamento. O que realmente acaba comprometendo todo o sistema. Portanto...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, só um comentário nessa mesma linha. Primeiro, endossando a referência elogiosa ao Ministro Peluso, a qual adiro. Mas este problema... Eu fui do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, cinco anos. Uma das grandes tragédias brasileiras, em matéria de direitos humanos, é a existência de grupos de extermínio, de norte a sul do País, que atuam, sobretudo, em razão da impunidade do sistema formal de Justiça. Então, com um certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante

ou pequeno empresário ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender a demanda dele.

De modo que, endossando essa sua observação, eu me lembro desse problema dos grupos de extermínio, que é um problema grave, de norte a sul do País; e é grave pela violência, é grave por uma certa cumplicidade silenciosa da sociedade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E é verdade, o governador Eduardo Campos acompanhava essa questão, diretamente, me mostrou o sistema de acompanhamento no Palácio, em Pernambuco, e ele ficava um tanto chocado, não era da área jurídica, com esse fenômeno; travava um combate muito intenso contra o crime organizado, especialmente, esse crime de mando em Pernambuco, e, depois de dois ou três anos da prisão de autores de crimes graves, ele dizia "a Justiça acaba decidindo pela soltura", porque vinha a questão do tempo de prisão, crimes complexos em que não havia a possibilidade de fazer um julgamento rápido e, claro, essas pessoas voltariam a cometer crimes, porque pertenciam a organizações criminosas. Nós sabemos que, em alguns parlamentos, de alguns Estados, há, inclusive, algumas figuras importantes que estão associadas – certamente Vossa Excelência deve ter visto isso na comissão – a esses crimes extremamente graves; a questão da pistolagem, em alguns Estados, é extremamente grave.

Então, a mim me parece que eu teria que me estender um pouco mais, Presidente, só porque me somei à maioria vencedora naquele caso. E quero ressaltar que, tivéssemos nos a compreensão, por exemplo, que tem os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nos teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão.

De modo que eu, fazendo todos esses registros, pedindo vênia agora à ministra Rosa Weber, que aderiu a posição anterior e, também, vênias antecipadas ao ministro Marco Aurélio, possivelmente ao ministro Celso de Mello, que há muito perfilham a orientação até aqui dominante, vou acompanhar o voto trazido pelo ministro Teori Zavascki, denegando a ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.

Há pouco, concluímos, considerada maioria escassa, por diferença de um voto, no sentido do não cabimento do *habeas corpus* contra ato de membro do Tribunal. Revelei preocupação quanto à reprodução dessa óptica nos Tribunais Superiores, nos vinte e sete Tribunais de Justiça e nos cinco Tribunais Regionais Federais. Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência,

revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressalto em votos na Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País.

Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o crescimento demográfico desenfreado ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: "Noventa milhões de brasileiros em ação". Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação. Um crescimento demográfico de cerca de cento e quarenta por cento, presente natalidade sem controle.

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, concluí de forma diametralmente oposta, por uma maioria, que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto.

O caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial. Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade.

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória

da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz, que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante à limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de *habeas corpus*, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Acompanho, Presidente, a divergência revelada pela ministra Rosa Weber. Implemento a ordem pleiteada na inicial deste *habeas corpus*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registre-se, *desde logo*, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência** *representa uma notável conquista histórica* dos cidadãos em sua **permanente** luta **contra** a opressão do Estado **e** o abuso de poder.

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que **já** se referia Tomás de Aquino em sua "Suma Teológica", **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, *para alguns*, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, *segundo outros autores*, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, *sob o influxo das ideias iluministas*, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, *na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776).

Esse, *pois*, na lição de doutrinadores – **ressalvada** a opinião **de quem situa** *a gênese* dessa prerrogativa fundamental, *ainda que em bases incipientes*, no Direito Romano –, **o momento inaugural** do reconhecimento *de que ninguém se presume culpado* **nem pode sofrer** sanções **ou** restrições em sua esfera jurídica **senão após** condenação **transitada** em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários **e** filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, *com grande impacto*, *na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava** *a presunção de inocência*, **com expressa repulsa** às práticas absolutistas *do Antigo Regime*.

Mostra-se importante assinalar, *neste ponto*, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência**, *legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias* **ou** *por regimes autocráticos* **que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, **tem prevalecido**, *ao longo de seu virtuoso itinerário histórico*, **no contexto** das sociedades civilizadas, *como valor fundamental* **e** *exigência básica* de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão *que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** *aos abusos inomináveis* **cometidos** pelos regimes totalitários nazifascistas, **proclamou**, *em seu art. 11*, **que todos se presumem inocentes** até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada** *a toda* **e** *qualquer pessoa*, **mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional**, **como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (**Bogotá**, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (**São**

José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (**Roma**, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (**Nice**, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (**Nairóbi**, 1981, Artigo 7º, § 1º, "**b**") **e a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (**Cairo**, 1990, Artigo 19, "**e**"), **e outros de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, *desse modo*, Senhor Presidente, **que a repulsa** à presunção de inocência – **com todas** as consequências **e** limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – **mergulha** *suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático*, **impondo**, *indevidamente*, à esfera jurídica dos cidadãos **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, *neste ponto*, **a partir** da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**", p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico** entre **o valor** do princípio democrático, **que consagra** *o primado da liberdade*, **e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia** *a onipotência do Estado*, **revelou-se muito nítido na Itália**, **a partir** do século XIX, **quando se formaram**, *em momentos sucessivos*, **três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, **cujos maiores expoentes foram** FRANCESCO CARRARA **e** GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, *inspirados nas concepções iluministas*, **o dogma** da presunção de inocência, **a que se seguiram**, *no entanto*, os adeptos **da Escola Positiva**, **como** ENRICO FERRI **e** RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e**, *finalmente*, **a refletir** o "espírito do tempo" (*Zeitgeist*) **que tão perversamente** buscou justificar *visões* **e** *práticas totalitárias de poder*, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve em EMANUELE CARNEVALE **e** em VINCENZO MANZINI os seus corifeus **responsáveis**, entre **outros** aspectos, **pela formulação** da base doutrinária **que deu suporte** a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu**!!!**

O exame da obra de **VINCENZO MANZINI** ("**Tratado de Derecho Procesal Penal**", tomo I/253-257, item nº 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete**, *com exatidão*, essa posição **nitidamente** autocrática, **que repudia** "A chamada tutela da inocência" **e que vê**, na "pretendida presunção de inocência", algo "absurdamente paradoxal e irracional" ("*op. cit.*", p. 253, item nº 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases *genuinamente* democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese** *ao absolutismo do Estado* **e** *à força opressiva do poder*, **considerado** o contexto histórico **que justificou**, *em nosso processo político*, **a ruptura** *com paradigmas autocráticos do passado* **e o banimento**, *por isso mesmo*, **no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário **de uma inaceitável** *hermenêutica de submissão*, **somente** justificável

numa perspectiva "*ex parte principis*", **cujo efeito** *mais conspícuo*, **em face** daqueles **que presumem** a culpabilidade do réu, **será a virtual** (*e gravíssima*) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo *de jamais ser tratado*, pelo Poder Público, **como se culpado fosse**.

Vale referir, *no ponto*, **a esse respeito**, *a autorizada advertência* do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, **em obra escrita** com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**", vol. 4/85-91, 2008, RT):

> **O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência** (**tal como descrito na Convenção Americana**)*, não em princípio da não culpabilidade (…).*
>
> **Trata-se de princípio consagrado** *não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana* **senão também** *(em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal,* **segundo o qual** *toda pessoa se presume inocente* **até que tenha sido declarada culpada** *por sentença* **transitada** *em julgado.* **Tem previsão normativa desde 1789**, **posto que já constava** *da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*
>
> **Do princípio da presunção de inocência** *('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade')* **emanam duas regras***: (***a***) regra de tratamento* **e** (**b**) *regra probatória.*
>
> '**Regra de tratamento**'*:* **o acusado não pode ser tratado** *como condenado* **antes** *do trânsito em julgado final da sentença condenatória (***CF***, art. 5º, LVII).*
>
> **O acusado**, *por força da regra que estamos estudando*, **tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante** *do fato imputado.* **Como 'regra de tratamento'**, *a presunção de inocência* **impede qualquer antecipação** *de juízo condenatório* **ou de reconhecimento da culpabilidade** *do imputado,* **seja** *por situações, práticas, palavras, gestos etc.,* **podendo-se exemplificar**: *a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência* **a exibição** *de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante* (**Corte Interamericana**, *Caso Cantoral Benavides*, **Sentença** *de 18.08.2000, parágrafo 119).* (grifei)

Disso resulta, *segundo entendo*, **que a consagração constitucional** *da presunção de inocência* **como direito fundamental** *de qualquer* pessoa – **independentemente** *da gravidade* **ou** *da hediondez* do delito que lhe haja sido imputado – **há de viabilizar**, *sob a perspectiva da liberdade*, **uma hermenêutica essencialmente emancipatória** *dos direitos básicos da pessoa humana*, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos*, **deve prevalecer**, **até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral.

É por isso, *Senhor Presidente*, **que ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser tratado **como se** culpado fosse **antes** que sobrevenha *contra ele* condenação penal **transitada** em julgado, *tal como tem advertido* o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte:

> **O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.**
>
> – **A prerrogativa jurídica da liberdade** – *que* **possui** *extração constitucional* (**CF**, *art. 5º, LXI* **e** *LXV*) – **não pode ser ofendida** *por interpretações doutrinárias* **ou** *jurisprudenciais que* **culminem por consagrar**, *paradoxalmente,* **em detrimento** *de direitos* **e** *garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República,* **a ideologia da lei e da ordem**.
>
> **Mesmo que se trate** *de pessoa acusada* **da suposta prática** *de crime hediondo,* **e até que sobrevenha** *sentença penal condenatória* **irrecorrível**, **não se revela possível** – *por efeito* **de insuperável** *vedação constitucional (***CF**, *art. 5º, LVII)* – **presumir-lhe a culpabilidade**.
>
> **Ninguém pode ser tratado como culpado**, *qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída,* **sem que exista**, *a esse respeito, decisão judicial condenatória* **transitada em julgado**.
>
> **O princípio constitucional da presunção de inocência**, *em nosso sistema jurídico,* **consagra**, *além* **de outras** *relevantes consequências,* **uma regra de tratamento que impede** *o Poder Público de agir* **e** *de se comportar,* **em relação** *ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado* **ou** *ao réu,* **como se estes** *já houvessem sido condenados,* **definitivamente**, *por sentença do Poder Judiciário.* **Precedentes.**
>
> (**HC 96.095/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância *da cláusula constitucional* **consagradora** *da presunção de inocência* (**que só deixa de prevalecer** *após o trânsito em julgado* da condenação

criminal) **representa**, *de um lado*, como já assinalado, **fator de proteção** aos direitos **de quem sofre** a persecução penal **e traduz**, *de outro*, **requisito de legitimação** da própria execução de sanções **privativas** de liberdade **ou** de penas **restritivas** de direitos.

O fato, Senhor Presidente, **é que** o Ministério Público **e** as autoridades judiciárias e policiais **não podem** tratar, *de forma arbitrária*, **quem quer que seja**, **negando-lhe**, *de modo abusivo*, **o exercício pleno** de prerrogativas **resultantes**, *legitimamente*, **do sistema de proteção** institucionalizado **pelo próprio** ordenamento constitucional **e concebido** em favor **de qualquer** pessoa **sujeita** a atos de persecução estatal.

Coerentemente com esse entendimento, **tenho proferido decisões**, *no Supremo Tribunal Federal*, **que bem refletem** a posição por mim ora exposta, **como se vê**, p. ex., de decisão cuja ementa **a seguir** reproduzo:

> – **A privação cautelar da liberdade individual** – **qualquer** *que seja a* **modalidade** *autorizada pelo ordenamento positivo (***prisão** *em flagrante,* **prisão** *temporária,* **prisão** *preventiva,* **prisão** *decorrente de decisão de pronúncia* ***e*** **prisão** *resultante de condenação penal recorrível) –* **não se destina** *a infligir punição antecipada à pessoa* **contra quem** *essa medida excepcional é decretada* **ou** *efetivada.* ***É que*** *a ideia de sanção* ***é absolutamente estranha*** *à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*),* **que não se confunde** *com a prisão penal (*carcer ad poenam*).* **Doutrina**. **Precedentes**.
>
> – **A utilização** *da prisão cautelar* **com** *fins punitivos* **traduz** *deformação desse instituto de direito processual,* **eis que o desvio arbitrário** *de sua finalidade* **importa** *em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência* ***e*** *do devido processo legal.* **Precedentes**.
>
> – **A gravidade em abstrato** *do crime* **não basta***, por si só,* **para justificar** *a privação cautelar da liberdade individual do* **suposto** *autor do fato delituoso.*
>
> *O Supremo Tribunal Federal* **tem advertido que a natureza** *da infração penal* **não se revela** *circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.* **Precedentes**.
>
> – **A ausência** *de vinculação do indiciado* **ou** *do réu ao distrito da culpa* **não constitui***, só por si,* **motivo autorizador** *da decretação da sua prisão cautelar.* **Precedentes**.
>
> – **A recusa** *em responder ao interrogatório policial* **e/ou** *judicial* **e a falta de cooperação** *do indiciado* **ou** *do réu* **com** *as autoridades que o investigam* **ou** *que o processam* **traduzem** *comportamentos* **que são inteiramente legitimados** *pelo princípio constitucional* **que protege** *qualquer pessoa* **contra** *a auto-incriminação,* **especialmente** *aquela exposta a atos de persecução penal.*

> *O Estado* – **que não tem o direito** *de tratar suspeitos, indiciados* **ou** *réus* **como se** *culpados fossem (***RTJ** *176/805-806) –* **também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios** *(***RTJ** *141/512).*
>
> **Aquele que sofre** *persecução penal* **instaurada** *pelo Estado* **tem**, *entre* **outras** *prerrogativas básicas,* **o direito** *(***a***)* **de permanecer** *em silêncio, (***b***)* **de não ser compelido** *a produzir elementos de incriminação* **contra** *si próprio* **nem constrangido** *a apresentar provas* **que lhe comprometam** *a defesa* **e** *(***c***)* **de se recusar** *a participar, ativa* **ou** *passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica,* **tais como** *a reprodução simulada do evento delituoso* **e** *o fornecimento de padrões gráficos* **ou** *de padrões vocais, para efeito de perícia criminal.* **Precedentes**.
>
> – **O exercício** *do direito* **contra** *a autoincriminação,* **além** *de inteiramente oponível* **a qualquer** *autoridade* **ou** *agente do Estado,* **não legitima**, *por efeito de sua natureza constitucional,* **a adoção** *de medidas* **que afetem ou restrinjam** *a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a persecutio criminis.* **Medida cautelar deferida**.
>
> (**HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJE** 15/10/2008)

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, **de que o Supremo Tribunal Federal** *há de possuir* a exata percepção **de quão fundamentais** *são a proteção e a defesa* da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo **e** a de suas instituições.

A nossa Constituição estabelece, *de maneira muito nítida*, **limites que** *não podem ser transpostos* pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal. *Na realidade*, é a própria Lei Fundamental **que impõe**, *para efeito de descaracterização da presunção de inocência*, **o trânsito** em julgado da condenação criminal.

Veja-se, *pois*, **que esta** Corte, *no caso em exame*, **está a expor e a interpretar** *o sentido da cláusula constitucional* **consagradora** da presunção de inocência, **tal como esta se acha definida** *pela nossa* **Constituição**, cujo art. 5º, **inciso** LVII ("ninguém será considerado culpado **até o trânsito** em julgado de sentença penal condenatória"), **estabelece**, *de modo inequívoco*, que a presunção de inocência **somente perderá** *a sua eficácia* **e** *a sua força normativa* **após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática **e** a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, *entre outros Estados democráticos*, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem** *a necessária observância* do trânsito em julgado da condenação criminal.

Mais intensa, *portanto*, no modelo constitucional brasileiro, **a proteção** à presunção de inocência.

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** *na presunção de inocência*, **afasta a possibilidade** *de execução antecipada* da condenação criminal, **nada** mais faz, *em tais julgamentos*, **senão** dar ênfase **e** conferir amparo a um direito fundamental **que assiste** *a qualquer* cidadão**: o direito de ser presumido inocente** até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.

Tenho para mim que essa **incompreensível repulsa** à presunção de inocência, Senhor Presidente, **com todas** *as gravíssimas consequências* daí resultantes, **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, *vigorosamente*, **os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores **como** *Enrico Ferri*, *Raffaele Garofalo*, *Emanuele Carnevale* **e** *Vincenzo Manzini*, **vislumbram** algo "absurdamente paradoxal e irracional" na "pretendida presunção de inocência" (**a frase** é de Manzini).

O Supremo Tribunal Federal, *ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência*, **não inviabiliza** a prisão cautelar (**como** a prisão temporária **e** a prisão preventiva) de indiciados **ou** réus perigosos, **pois expressamente reconhece**, *uma vez presentes razões concretas que a justifiquem*, **a possibilidade** de utilização, *por magistrados e Tribunais*, **das diversas** modalidades *de tutela cautelar penal*, **em ordem a preservar e proteger** os interesses da coletividade em geral **e** os dos cidadãos em particular.

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos **e** garantias individuais **confere expressão concreta**, *em sua formulação*, **a uma verdadeira** *agenda das liberdades*, **cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, *que compete à Corte Suprema*, **de fazer prevalecer** *o primado da própria Constituição da República*.

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes** *até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado* – **está consagrada não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros** países (**como** o Brasil), **mas** *também*, como anteriormente assinalado, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como a Declaração Universal** dos Direitos da Pessoa Humana (1948), **a Convenção Europeia** para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), **a Carta dos Direitos** Fundamentais da União Europeia (2000), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), **a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (1990), **o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (1966) **e a Convenção Americana** de Direitos Humanos (1969).

Lembro-me de que, *no passado*, **sob a égide autoritária** do Estado Novo, **editou-se** o Decreto-lei nº 88/37, **que impunha** ao acusado **o dever** de provar, em sede penal, **que não era culpado**!!!

Essa regra legal – **como salientei** no julgamento **do HC** 83.947/AM, *de que fui Relator* – **consagrou** *uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito*, **pois exonerou**, *absurdamente*, o Ministério Público, *nos processos por delitos contra a segurança nacional*, **de demonstrar** a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, **com a falta de pudor** que caracteriza os regimes despóticos, **veio a consagrar**, *em dado momento histórico do processo político brasileiro* (*Estado Novo*), **a obrigação** de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, **o art. 20**, **nº 5**, **do Decreto-lei nº 88**, de 20/12/1937, **estabeleceu**, *nos processos por delitos contra a segurança do Estado*, **uma regra absolutamente incompatível** com o modelo democrático, **como se vê** da parte inicial de seu texto: "**presume-se** provada a acusação, **cabendo** ao réu prova em contrário (...)" (grifei).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal **tem sempre advertido** que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – *como tem reconhecido a jurisprudência da Corte* – **o ônus da prova** referente *aos fatos constitutivos* da imputação penal **incumbe**, *exclusivamente*, **a quem acusa**.

Isso significa *que não compete ao réu* **demonstrar** a sua própria inocência. *Ao contrário*, **cabe** *ao Ministério Público* **comprovar**, *de forma inequívoca*, em plenitude, **para além** *de qualquer* dúvida razoável, **a culpabilidade** do acusado **e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes** *à autoria* **e** *à materialidade do delito* (**RTJ 161/264-266**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

É por tal motivo **que a presunção de inocência**, *enquanto limitação constitucional ao poder do Estado*, **faz recair sobre o órgão da acusação**, *agora de modo muito mais intenso*, **o ônus substancial** da prova, **fixando** diretriz **a ser indeclinavelmente** observada pelo magistrado **e** pelo legislador.

O fato indiscutivelmente relevante, *no domínio processual penal*, **é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não se justifica** a formulação, *seja por antecipação* **ou** *seja por presunção*, de **qualquer** juízo condenatório, que deve, *sempre*, **respeitada**, *previamente*, **a garantia do devido processo**, assentar-se – *para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica* – **em elementos de certeza**, os quais, *ao dissiparem* ambiguidades, *ao esclarecerem* situações equívocas **e** *ao desfazerem* dados eivados de obscuridade, **revelam-se capazes** de informar, *com objetividade*, o órgão judiciário competente, **afastando**, *desse modo*, **dúvidas razoáveis**, **sérias e fundadas** *em torno da culpabilidade do acusado*.

Meras conjecturas – *que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal* – **não se revestem**, *em sede processual penal*, **de idoneidade jurídica**. **Não se pode** – *tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus* – **atribuir** relevo **e** eficácia a juízos **meramente** conjecturais, **para**, *com fundamento neles*, **apoiar** um **inadmissível** decreto condenatório **e deste extrair**, *sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado*, **consequências** de índole penal ou extrapenal **compatíveis**, *no plano jurídico*, **unicamente** com um título judicial **qualificado** *pela nota da definitividade*.

É sempre importante advertir, **na linha** do magistério jurisprudencial **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, "**Por exclusão**, **suspeita ou presunção**, **ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal**" (**RT 165/596**, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** *qualquer* comportamento estatal **transgressor** do dogma segundo o qual *não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita* (**RT** 690/390 – **RT** 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte **enfatiza**, bem por isso, *com particular veemência*, que "**Não podem repercutir** contra o réu situações jurídico-processuais **ainda não definidas** por decisão **irrecorrível** do Poder Judiciário, **especialmente** naquelas hipóteses **de inexistência** de título penal condenatório **definitivamente** constituído" (**RTJ 139/885**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, *pois*, **na asserção** de que **o postulado** *do estado de inocência* **repele** *suposições* **ou** *juízos prematuros de culpabilidade* **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em relação** à pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

Há, portanto, *segundo penso*, **um momento**, *claramente definido no texto constitucional*, **a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** *o trânsito em julgado da condenação criminal*. **Antes** desse momento, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados fossem*. **A presunção de inocência impõe**, *desse modo*, ao Poder Público **um dever de tratamento** *que não pode ser desrespeitado* por seus agentes **e** autoridades.

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, **que só deixará de prevalecer** – **repita-se** – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Enfatizo, por necessário, que o "*status poenalis*" **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte** (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, *comum a todas as pessoas*, **de que ninguém** – *absolutamente ninguém* – **pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente** *sentença transitada em julgado*.

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, **no julgamento da ADPF** 144/DF, *de que fui Relator*, **bem destacou** *a importância de aguardar-se* o trânsito em julgado da condenação criminal, **demonstrando**, *à luz de dados estatísticos*, uma realidade **que torna necessário** respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, *então*:

> *(...)* **trago**, *finalmente, nessa minha breve intervenção,* ***à consideração*** *dos eminentes pares,* **um dado estatístico**, **elaborado a partir de**

> **informações veiculadas** *no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...).* **De 2006**, *ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal,* **até a presente data**, **25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos** *por esta Corte* **e 3,3% providos parcialmente**. **Somando-se** *os parcialmente providos* **com** *os integralmente providos,* **teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos**. **Quer dizer**, **quase um terço** *das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.* (grifei)

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repelido**, *por incompatíveis com esse direito fundamental*, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face **da irrecorribilidade** de decisões judiciais.

Isso significa, *portanto*, que inquéritos policiais **em andamento**, processos penais **ainda** em curso **ou**, *até mesmo*, **condenações criminais** *sujeitas a recursos* (**inclusive** *aos recursos excepcionais* **interpostos** para o Superior Tribunal de Justiça **e** para o Supremo Tribunal Federal) **não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis** *de pronunciamento absolutório*, **como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

Essencial proteger *a integridade desse direito fundamental* (**o direito** *de ser presumido inocente* **até o trânsito** em julgado da condenação judicial) **e destacar-lhe** as origens históricas, **relembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII**, **como** um dos grandes postulados iluministas – **que essa prerrogativa** *não era desconhecida pelo direito romano*, **como resultava** de certas presunções **então** formuladas ("*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*", p. ex.), **valendo mencionar** *o contido no Digesto*, **que estabelecia**, em benefício de quem era processado, **verdadeiro** "*favor rei*", **que enfatizava**, *ainda de modo incipiente*, **essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do *Ancien Régime*.

Finalmente, **mesmo que não se considerasse** *o argumento constitucional* **fundado** *na presunção de inocência*, **o que se alega** por mera concessão dialética, **ainda assim se mostraria inconciliável** com o nosso ordenamento positivo **a preconizada** *execução antecipada* da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação *na via recursal excepcional* (RE **e/ou** REsp), **pelo fato** de *a Lei de Execução Penal* **impor**, *como inafastável pressuposto de legitimação* da execução de sentença condenatória, *o seu necessário trânsito em julgado*.

Daí a regra inscrita **no art. 105** de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa** de liberdade **à existência** *de trânsito em julgado* do título judicial condenatório:

> **Art. 105**. **Transitando em julgado** *a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento* **para a execução**. (grifei)

Idêntica exigência *é também formulada* **pelo art. 147** da LEP **no que concerne** à execução de penas **restritivas** de direitos:

> **Art. 147**. **Transitada em julgado** *a sentença que aplicou a pena* **restritiva** *de direitos,* **o Juiz da execução**, *de ofício ou a requerimento do Ministério Público,* **promoverá a execução**, *podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.* (grifei)

Vê-se, *portanto*, **qualquer que seja** o fundamento jurídico invocado (*de caráter legal* **ou** *de índole constitucional*), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo se se tratar de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência** *do indispensável título judicial definitivo*, **resultante**, *como sabemos*, **do necessário** *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória.

Lamento, Senhores Ministros, **registrar-se**, *em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República*, essa preocupante **inflexão hermenêutica**, *de perfil nitidamente conservador e regressista*, **revelada** em julgamento **que** *perigosamente* **parece desconsiderar** que a majestade da Constituição *jamais poderá subordinar-se* à potestade do Estado.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênia para acompanhar**, *integralmente*, **na divergência**, os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO **e deferir** o pedido de "*habeas corpus*", **mantendo**, *em consequência*, **o precedente** firmado *no julgamento plenário* **do HC** 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, **reafirmando**, *assim*, **a tese de que** *a execução prematura* (*ou provisória*) da sentença penal condenatória **antes** de consumado o seu trânsito em julgado *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu, *assegurado pela própria Constituição da República* (**CF**, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu vou pedir vênia ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*.

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática – dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos –, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.

Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho:

> Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar).

O efeito suspensivo – diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive – dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.

Portanto, este é o ensinamento de três dos maiores processualistas penais de nosso país e que creio que ainda estão em vigor.

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da

nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza.

Eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade. Interessante isto. Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez venha do Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia capitalista ou consolidou a revolução industrial, que, logo antes, havia, enfim, se iniciado do ponto de vista histórico, e isso teve uma repercussão no Direito Positivo. E o Código Civil Napoleônico foi o primeiro exemplo desta consubstanciação deste fenômeno histórico que então se processava. O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, teve uma intensa repercussão no Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, e vejo também, confirmando essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, esta prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, isto se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo são punidos – claro que sopesados de forma relativa – com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra – a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta – e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil –, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

> Art. 520.
>
> (...)
>
> IV. O levantamento de depósito em dinheiro – vil metal – e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

E vem aquilo ao qual o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II:

> Art. 520.
>
> (...)
>
> II. Fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução – claro, a transferência do bem, a propriedade – restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos.

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas o Estado está muito bem financeiramente, poderá indenizar o inocente colocado, por erro Judiciário, atrás das grades.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois é, então, vejam Vossas Excelências, com todo respeito, há incongruência – digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram –, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida em que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Presidente, só pela ordem, rapidamente. Nós temos verificado nas Turmas que esse número de presos representa presos, provisoriamente, em razão de prisão provisória ou preventiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Então, as Turmas têm se conscientizado disso, nós temos imposto medidas restritivas em substituição a essas penas provisórias.

Então, no meu modo de ver, o que vai ocorrer, diante dessa modificação da jurisprudência do Supremo, vai ser a liberação de quem está injustamente preso, provisoriamente ou preventivamente, e o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau; sai um, entra outro, eu acho que vai ser mais ou menos isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Pois é. É verdade.

Vossa Excelência me permite – é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico –, nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau.

Mas eu acho que a Suprema Corte chegou a uma decisão. Todos os argumentos foram extremamente muito bem fundamentados. O Ministro Teori Zavascki, como sempre, nos brindou com um belíssimo e profundíssimo voto, atento à realidade brasileira que se caracteriza por uma crescente criminalidade, seja ela urbana e rural. Mas, então, eu peço vênia, mesmo diante desses argumentos muito sólidos, para manter a minha posição e, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello, conceder a ordem.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 126.292

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS

IMPTE.(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 15.12.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Jánot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.

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 Jánot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR (2014/0206339-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/1992. ALEGAÇÃO DO *PARQUET* ESTADUAL DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, POR NÃO HAVER JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TRIBUNAL A JUSTIFICAR O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. PREVISÃO DE *DECISUM* SINGULAR NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE SUPERIOR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ALEGAÇÃO DO *PARQUET* PARANAENSE DE QUE A DECISÃO AGRAVADA OFENDE A SÚMULA 7/STJ, POR PROMOVER REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA EM SEDE ESPECIAL. PORÉM, A REVALORAÇÃO DA PROVA OU DE DADOS

EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO DECISÓRIO RECORRIDO NÃO IMPLICA O VEDADO REEXAME DO MATERIAL DE CONHECIMENTO NA SEARA ESPECIAL. PRECEDENTE: RESP. 878.334/DF, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MPF E DO MP/PR DESPROVIDOS.

1. O relator pode decidir toda matéria recursal, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso, conforme orienta a doutrina. Eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado. Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada.

2. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a conduta do ex-Prefeito do Município de Palotina/PR ao firmar termos de parceria e convênios entre o Município e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, para implementação de programas federais em saúde pública.

3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

4. O excelso Supremo Tribunal Federal, em recente *decisum* na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal à Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

5. *In casu*, não se verifica tenha o Prefeito pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública.

6. Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro *nihil obstat* ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.

7. Referida análise está sujeita a aspectos que estão sob o *discrímen* do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. Na hipótese, entendeu o então Prefeito de Palotina/PR que, para o alcance dos objetivos sociais, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades municipais não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública advinda de programas federais em saúde.

8. Ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos munícipes.

9. Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro

Sérgio Kukina, por unanimidade, conhecer dos agravos regimentais, mas negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) (voto-vista), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 05 de maio de 2016 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 19/11/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 15/12/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES. : MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 17/12/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 02/02/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS
RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR
(2014/0206339-8)
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF
AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI
ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC
AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA
ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
RODRIGO CASTOR DE MATTOS
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

RELATÓRIO

1. Trata-se de dois Agravos Regimentais, o primeiro interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e o segundo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, contra decisão monocrática de minha lavra, que apresentou a seguinte ementa:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO QUANTO AO INTERESSE EM INTEGRAR A LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O JUIZ PODE JULGAR ANTECIPADAMENTE A LIDE SE OS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS FOREM SUFICIENTES À

FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. AGRAVOS CONHECIDOS E RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SEM CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (fls. 5.956/5.990).

2. Sustenta o MPF, às fls. 5.997/6.006, que a contratação de pessoal para provimento de cargo, sem a realização de concurso público, configura ato de improbidade administrativa. Assevera que a interpretação dada pelo STF na ADI 1.923 exige a observância do art. 37 da Constituição Federal, de modo que não podem os administradores públicos se valerem das Organizações Sociais para burlar o concurso público (fls. 6.003). Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao órgão Colegiado competente, a fim de que seja negado provimento ao Recurso Especial.

3. Por sua vez, o MP/PR, às fls. 6.021/6.037, defende a inaplicabilidade do art. 544, § 4º, II, *c* do CPC, ao argumento de que não há jurisprudência pacificada no STJ a respeito da ilegalidade ou nulidade de contratos entre OSCIP e Municípios, o que, em sua visão, obstaria pronunciamento monocrático do Ministro Relator em AREsp. Aduz que a decisão agravada, ao dar provimento ao Agravo, desobedeceu aos verbetes sumulares 5 e 7 desta Corte Superior, que impedem o reexame de fatos e provas e de cláusulas contratuais em sede especial. Assevera que a decisão carece de erro de premissa, na medida em que proclamou a ausência de dolo no ato, sendo certo que a condenação se deu por conduta culposa. Brande a reconsideração da decisão agravada ou a sua apresentação em mesa para julgamento pelos Pares, a fim de que o Apelo Raro seja desprovido.

4. É o relatório.

AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR

(2014/0206339-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
RODRIGO CASTOR DE MATTOS
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

VOTO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI Nº *8.429/1992. ALEGAÇÃO DO* PARQUET *ESTADUAL DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, POR NÃO HAVER JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TRIBUNAL A JUSTIFICAR O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. PREVISÃO DE* DECISUM *SINGULAR NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE SUPERIOR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ALEGAÇÃO DO* PARQUET *PARANAENSE DE QUE A DECISÃO AGRAVADA OFENDE A SÚMULA 7/STJ, POR PROMOVER REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA EM SEDE ESPECIAL. PORÉM, A REVALORAÇÃO DA PROVA OU DE DADOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO DECISÓRIO RECORRIDO NÃO IMPLICA O VEDADO REEXAME DO MATERIAL DE CONHECIMENTO NA SEARA ESPECIAL. PRECEDENTE: RESP. 878.334/DF, REL. MIN. FELIX* FISCHER, DJ 26.2.2007. PRELIMINAR *REJEITADA. MÉRITO. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MPF E DO MP/PR DESPROVIDOS.*

1. O relator pode decidir toda matéria recursal, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso, conforme orienta a doutrina. Eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado. Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada.

2. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a conduta do ex-Prefeito do Município de Palotina/PR ao firmar termos de parceria e convênios entre o Município e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, para implementação de programas federais em saúde pública.

3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei nº *8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.*

4. O excelso Supremo Tribunal Federal, em recente decisum *na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme* à *Constituição Federal à Lei* nº *9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do* caput *do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.*

5. In casu, *não se verifica tenha o Prefeito pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública.*

6. *Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro* nihil obstat *ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.*

7. Referida análise está sujeita a aspectos que estão sob o discrímen do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. Na hipótese, entendeu o então Prefeito de Palotina/PR que, para o alcance dos objetivos sociais, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades municipais não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública advinda de programas federais em saúde.

8. *Ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos munícipes.*

9. *Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR conhecidos e desprovidos.*

1. Quanto à alegação do *Parquet* Estadual de nulidade da decisão agravada, ao argumento de que não há jurisprudência dominante do Tribunal a justificar a adoção de decisão monocrática para o provimento do Apelo Raro, deve-se assinalar, em primeiro lugar, que é da atribuição do Ministro Relator, nos termos do art. 34, VII do Regimento Interno do STJ, *decidir agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitir recurso especial*.

2. Convém, sobre o tema, trazer à balha a renomada lição dos Professores NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em comentário ao art. 557 do CPC, que também pode ser aplicado ao art. 544 desse Diploma de Ritos. Confira-se:

> Na verdade, a norma dixit minus quam voluit. O sistema permite ao relator, como juiz preparador do recurso de competência do colegiado, que decida como entender necessário, de acordo com

> o seu livre convencimento motivado (CPC 131). O que a norma reformada quer é a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir tudo, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 1.001).

3. Verifica-se, nesse particular, não haver afronta alguma ao dispositivo apontado, porquanto o Relator, assentado na moldura fático-probatória delineada pelo Tribunal *a quo*, exerceu legitimamente o poder que lhe confere a norma processual de regência; é dizer, o art. 544, § 4º, II, *c* do CPC, ao entender que a causa estava apta a receber um julgamento monocrático de mérito.

4. É crucial notar que a decisão ora agravada afastou a condenação ao fundamento de ausência de dolo ou culpa ensejadora de ato ímprobo. Esse entendimento está em plena convergência com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, segundo o qual *para a configuração do ato de improbidade administrativa é necessária a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), não sendo admitido confundir com simples ilegalidade, tampouco a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa* (AgRg no REsp. 1.399.825/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.2.2015). Referida constatação permite ao magistrado adotar, em casos similares, a inteligência da decisão monocrática do Ministro Relator a que alude o art. 544, § 4º, II, *c* do CPC.

5. Por fim, lembre-se que eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado em sede de Agravo Interno.

6. Quanto à alegação de nulidade da decisão agravada por não obedecer ao conteúdo da Súmula do STJ, suscitada pelo *Parquet* Paranaense (fls. 6.032), que veda o reexame de provas em sede especial, assinale-se, primeiramente, que, nas situações em que o Acórdão *afasta a condenação ou confirma o julgamento pela improcedência do pleito de improbidade, com fundamento na falta de demonstração da má-fé ou do dolo dos agentes públicos, vistos em face da prova produzida nos autos, este Tribunal tem entendido que a valoração crítica do acerto ou desacerto dessa opção de julgamento implica o reexame do conjunto fático probatório, atuação que tem óbice na Súmula 7/STJ* (REsp. 1.371.978/ES, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 3.12.2015).

7. Ressalte-se, lado outro, que a *revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica o vedado reexame do material de conhecimento* (REsp. 878.334/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007).

8. Na hipótese vertente, não há falar em reexame de fatos e provas que teria supostamente ofendido o verbete de Súmula 7/STJ e resultado em nulidade da decisão agravada, pois apenas se procedeu à análise jurisdicional sobre a moldura

fático-probatória delineada pelas Instâncias Ordinárias, que, na oportunidade, expressamente demarcaram o caso concreto nos seguintes termos:

> De acordo com a inicial, o IBIDEC é uma sociedade civil de interesse público (OSCIP), que firmou com o Município de Palotina, 03 (três) contratos – com repasse global no valor de R$ 926.043,49 – os quais, apesar de terem sido nominados de "Termo de Parceria", tratavam-se, na verdade, de terceirização de serviços públicos, sendo, portanto, absolutamente ilegais (fls. 4.889).
>
> • • •
>
> É incontroverso nos autos que no ano de 2002, após procedimento licitatório, o Município de Palotina, então representado pelo réu Luiz Ernesto de Giacometti, firmou termos de cooperação com a ré IBDEC – Instituto Brasileiro de Integração e Desenvolvimento Pró-Cidadão (representado pela ré Lilian Lisboa), tendo por fim a execução de serviços afetos à área de saúde.
>
> Tais contratações, embora precedidas de procedimento licitatório, configuram, de fato, ato improbo, que causa lesão ao erário porquanto os serviços objeto dos termos de parceria tratavam exclusivamente de serviço essencial, que deveria ser prestado pelo poder público, ao qual é vedada a terceirização, implicando, assim, em burla à regra da contratação de pessoal, eis que os serviços para os quais os funcionários da OSCIP foram contratados em razão dos termos de parceira (saúde) fogem daquelas previsões excepcionais do artigo 37, IX da Constituição Federal, ou seja, não são de necessidade temporária do poder público (fls. 4.908).

9. Nesta Corte Superior, porém, entendeu-se que as contratações realizadas entre o Município de Palotina/PR e o IBDEC *não são causa material para o rótulo de Improbidade Administrativa* e suas severíssimas sanções, dados os *aspectos contextuais* em que os Termos de Parceria foram realizados no cenário político-econômico brasileiro, providência judicial de efetiva *revaloração da prova* contida nos autos, motivo pelo qual se decidiu pela improcedência dos pedidos em Ação Civil Pública. Inexiste nulidade na decisão agravada, portanto.

10. Ante o exposto, rejeitam-se as preliminares de nulidade do *decisum* suscitada pelo MP/PR.

11. No mais, em que pese aos louváveis argumentos esposados pelos órgãos do *Parquet* Federal e Paranaense em suas insurgências, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios e judiciosos fundamentos.

12. Com efeito, dúvida não há de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a saúde pública é *direito de todos e dever do Estado* (art. 196), sendo, antes de tudo, a declaração do mais importante entre os direitos inerentes ao jusnaturalismo, que é a vida.

13. Enxergado em seus precisos termos, o citado enunciado faz crer ao estudioso que qualquer intervenção ou interferência de um particular na prestação desse importante serviço é a verdadeira mácula à pureza do texto constitucional.

14. Contudo, sem querer imergir em temas afeitos a interpretação constitucional – missão do excelso Supremo Tribunal Federal –, mas apenas pretendendo aqui descortinar o *estado da arte* do debate jurídico, vê-se que a própria Carta Cidadã suscita uma série de dúvidas ao prever que as ações e os serviços de saúde podem ser executados *diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197). Mais à frente, estabelece que as *instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde* (art. 199, parágr.único, *in limine*).

15. Todos sabem que a Constituição Federal de 1988 foi editada em contexto de crise econômica e fiscal, no qual diversas propostas e abordagens de reforma estatal eram discutidas nas décadas de 1980 e 1990, entre as quais a do *Consenso de Washington*, um conjunto de formulações a partir do qual se compreendeu que o aparelho estatal deveria ser fortemente reduzido, a fim de que a economia pudesse se recuperar e crescer.

16. Longe de dizer se as modelagens nacionais ou internacionais eram certas ou erradas para a solução dos problemas brasileiros, o fato é que a produção legislativa que seguiu o advento da nova Carta Magna refletiu esse debate da Reforma do Estado, no afã de superar a diagnosticada deterioração dos serviços públicos. Passou-se a falar em administração pública gerencial, fulcrada em descentralização, controle de resultados, qualidade e produtividade dos serviços prestados ao cidadão.

17. No âmbito do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento formulado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, comandado por LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, e aprovado em 1995 pelo então Presidente da República FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, o debate sobre a administração pública brasileira estava permeada pelas indagações:

> (1) O Estado deve permanecer realizando as mesmas atividades? Algumas delas podem ser eliminadas? Ou devem ser transferidas da União para os estados ou para os municípios? Ou ainda, devem ser transferidas para o setor público não estatal? Ou então para o setor privado?
>
> (2) Por outro lado, dadas as novas funções, antes reguladoras que executoras, deve o Estado criar novas instituições?
>
> (3) Para exercer as suas funções o Estado necessita do contingente de funcionários existente? A qualidade e a motivação dos

> servidores são satisfatórias? Dispõe-se de uma política de recursos humanos adequada?
>
> (4) As organizações públicas operam com qualidade e eficiência? Seus serviços estão voltados prioritariamente para o atendimento do cidadão, entendido como um cliente, ou estão mais orientadas para o simples controle do próprio Estado?

18. Como se vê, aos estudiosos, muitas dúvidas eram levantadas sobre o adequado tamanho do Estado e sobre suas missões constitucionais, entre as quais as ações em saúde pública.

19. De qualquer modo, para a condução da coisa pública nesse cenário reformista, adveio, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.637/1998, segundo o qual o *Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*. Firmam, com o Estado, um Contrato de Gestão, que, na verdade, é um acordo operacional pelo qual o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contratada, o programa de trabalho, com fixação de objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma de liberação dos recursos previstos.

20. E também foi editada a Lei nº 9.790/1999, a partir da qual se permitiu ao Poder Público estabelecer um vínculo de cooperação (Termo de Parceria) com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que seriam qualificadas como tal, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, entre as quais a *promoção gratuita da saúde* (art. 3º, I).

21. O ilustre Professor HELY LOPES MEIRELES enfoca este ponto, dizendo o seguinte acerca dos vínculos de cooperação:

> Essas figuras jurídicas introduzidas pela chamada Reforma Administrativa do Estado, bastantes semelhantes em alguns pontos, não são contratos propriamente ditos, pois neles não há interesses contraditórios, mas convergentes (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 296).

22. Em que pese ao ataque de muitos autores a essas formas de organização e de execução de serviços inerentes do Estado, especialmente do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1.094/1.099), que as acusa de severamente inconstitucionais, os contratos de gestão e os termos de parceria foram considerados, por outros analistas, elementos estratégicos para a reforma do aparelho administrativo do Estado.

23. O fato é que, mais alinhados aos novos ventos de modernização do Estado, os próceres da reforma passaram a enxergar nas Organizações Sociais, nas OSCIP e em outros parceiros uma forma ideal para o alcance de objetivos estatais com mais eficiência no emprego dos recursos públicos.

24. Dessa assertiva se infere que, na implementação de programas sociais, essas figuras jurídicas encontraram adeptos em todas as esferas de Administração Pública, conscientes de que a utilização desse instrumental representa, num jogo político-democrático, a escolha das maiorias políticas prevalecentes para a intervenção ideal do Estado nos domínios sociais, jamais uma violação ao texto constitucional.

25. Posto isto, no tocante ao tema da saúde pública, conforme antes dito, a própria Carta Cidadã previu que as ações e os serviços de saúde poderiam ser executados diretamente ou por meio de terceiros e que as instituições privadas poderiam participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde. Suscitou, conforme abordado, uma série de dúvidas.

26. A dúvida mais candente é a extensão da expressão *complementar* quando o assunto é a participação das instituições privadas, cuja interpretação, como referido, cabe à Corte Suprema.

27. De qualquer modo, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços em saúde – conhecida como a Lei do SUS –, estabeleceu que *o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade* (art. 2º, § 2º), prevendo, o seguinte quanto à participação complementar privada:

> Art. 24 Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.
>
> Art. 25 Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

28. De um lado, é nesse ambiente de possibilidades interpretativas da expressão *complementar* e diante dos cenários de reforma do Estado, especialmente com o advento de novas figuras administrativas, pautadas por promessas de eficiência e controle, que os administradores públicos se viram autorizados e legitimados a firmar convênios com organizações sociais, em claríssimo tom de modernização da máquina pública.

29. Por outro, argumenta o *Parquet* em sua Ação Civil Pública que o serviço de saúde pública, por ser dever constitucional do Estado, é essencial e representa

atividade-fim da administração pública, devendo ser prestado diretamente, impossibilitando-se, portanto, a realização de convênios, parcerias e contratos que visem a transferir a particulares a execução das ações em saúde, sob pena de caracterizar ilegal *terceirização* do serviço público.

30. Na vertente hipótese, como já relatado, foram firmados termos de parceria e convênios entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, precedidos de correspondentes procedimentos licitatórios, que objetivaram a união de esforços para a execução do Programa Saúde da Família, para a implementação do Pronto Atendimento 24 horas e para o fomento em programas médico-hospitalares de média e alta complexidade.

31. Todos os vínculos de cooperação foram firmados entre os anos de 2002 e 2003, logo que adjudicados à vencedora os objetos dos respectivos certames.

32. O IBIDEC, então, passou a contratar os profissionais necessários à realização das ações em saúde (médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas), recebendo as verbas do Município de Palotina/PR, inclusive a preestabelecida taxa de administração.

33. Na ótica do Ministério Público, trata-se de ato característico de improbidade administrativa, passível das sanções previstas na Lei, por causar dano ao Erário e por violar o princípio constitucional de investidura de agentes públicos por meio de concurso.

34. Perante toda a digressão política e legislativa ora apresentada, a imediata indagação que o Julgador deve se fazer é: será que o administrador público municipal pretendeu realmente violar o princípio constitucional do concurso público? A meu sentir, não. 35. Conforme exposto, a década de 1990 experimentou o advento de novos modos de administração pública, período em que sopraram fortes ventos reformistas. A tônica, então reinante – e certamente ainda muito reverberada –, era a de que o Estado, sozinho, não consegue prestar os serviços sociais a contento, deixando de cumprir a missão constitucional a que foi obrigado, motivo pelo qual o chamado Terceiro Setor deveria ser fomentado.

36. A lei criadora das Organizações Sociais entrou em cena em 1998, ao passo que a das OSCIP surgiu em 1999. Contextualmente, as licitações, termos de parceria e instrumentos de convênio firmados entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC nos anos de 2002 e 2003, é dizer, pouco mais de quatro anos do advento da lei das organizações sociais. Período, portanto, em que era observada e estudada a adequada conformação dos limites de atuação das entidades do Terceiro Setor, um ajuste estrutural de transferência de responsabilidades que naturalmente se aprimorou ao longo dos anos.

37. É possível dessumir que não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos:

> (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro nihil obstat ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim;

> (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais;
>
> (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, àquela época recentemente surgidas em cenário nacional, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e
>
> (d) admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.

38. Se é certo, por um lado, que a atividade de prestação dos serviços de saúde pública não poderia ser integralmente cometido a um particular, por outro a adequada realização de ações no Programa Saúde da Família pelo administrador municipal, por exemplo, poderia ser interpretada como a busca da melhor forma de atender à imposição constitucional em matéria de direitos sociais, entre os quais os fundamentais direitos à saúde e à vida.

39. Na hipótese vertente, sustenta o *Parquet* que a intervenção de OSCIP no Município em parceria na área-fim da saúde pública resultou em ato de improbidade administrativa, pois a contratação dos profissionais se deu por interposta pessoa, sem que houvesse a efetiva realização de concurso público. A alegação é a de que os recursos vertidos em taxa de administração paga à OSCIP resultaram em dispêndio superior caso houvesse a contratação direta de servidores concursados pela Municipalidade. Portanto, a prática gerou dano ao Erário e violou princípios da Administração Pública.

40. Sobre o ponto, qual seja, a suposta prática de atos de improbidade pelo então Prefeito Municipal de Palotina/PR e OSCIP, por sua representante legal, sabe-se que é muito antiga – e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno – a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento.

41. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que

a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre ambos.

42. Essa proposta nada tem vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência – aliás, inexplicavelmente bastante generalizada – de se considerar, automaticamente, como ímprobas as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei nº 8.429/1992.

43. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do *caput* do art. 11 da LIA, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo.

44. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei nº 8.429/1992) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é ímproba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta.

45. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o decisionismo pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), o que seria – convenhamos – um rematado absurdo jurídico.

46. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

47. Ademais, dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei nº 8.429/1992), (ii) a ocorrência de prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/1992) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei nº 8.429/1992).

48. Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas, em nenhuma das hipóteses legais, se diz possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

49. Quando não se faz a distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora, às vezes, alguém nem se dê conta disso; a jurisprudência do STJ, na esteira das lições dos doutrinadores, assenta essa distinção: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.8.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/

MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.9.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.2.2010.

50. No caso em comento, conforme já muito se abordou no presente voto, foi possível inferir que o administrador público municipal tinha subsídios legais necessários e suficientes para realizar os convênios com a entidade parceira qualificada como OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública.

51. Não se verifica tenha o então Prefeito de Palotina/PR pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública, área-fim do Estado.

52. É bem verdade que, talvez, os Termos de Parceria pudessem ser aperfeiçoados para que um processo seletivo de profissionais fosse carreado aos moldes de um concurso público. Tratar-se-ia de um aprimoramento do regime de parceria.

53. Mas não se enxerga tenha sido praticado pelas partes demandadas um ato de improbidade administrativa oriundo da realização de convênios com OSCIP para a colaboração em ações de saúde pública.

54. Com efeito, pode até ter havido algum tipo de falha técnica na formulação dos instrumentos de convênio, pois sempre é possível melhorar a condução dos processos seletivos dos profissionais que atuam diretamente nos ações governamentais, sobretudo para quem irá lidar com a saúde das pessoas. Mas, ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos munícipes.

55. Não desconheço a alegação do Ministério Público segundo a qual a Lei nº 8.080/1994 previu que a iniciativa privada somente participará em complemento ao SUS nos serviços ofertados *quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área*.

56. Porém, essa análise está sujeita a aspectos que já estão sob o *discrímen* do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. *In casu*, entendeu o então Prefeito que, para o alcance dos objetivos, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública em saúde advinda de programas federais.

57. É válido assinalar que, em momento algum, levantou-se eventual vício na condução dos procedimentos licitatórios e nem mesmo – o que seria mais importante – falha na prestação dos serviços, isto é, apenas se objetou o ato em si de licitar a uma OSCIP à colaboração em serviço de saúde pública.

58. Mas, em abono às teses defensivas quanto à ausência de improbidade nos atos e fatos ora em exame, tem-se, para além dos fundamentos contextuais ora apresentados, que o excelso Supremo Tribunal

Federal, em recente decisão na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal à Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que:

> (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/1998; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art.37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/1998, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

59. A interpretação conforme dada pela Corte Suprema permite concluir, quanto às Organizações Sociais – e de certo modo aplicável às OSCIP –, que é possível a realização de convênio para a execução de serviços essenciais do Estado, desde que observados, pela entidade conveniada, os critérios objetivos de seleção de pessoal, o que milita em favor dos argumentos dos Recorrentes quanto à ausência de improbidade administrativa pela prática dos atos descritos na exordial.

60. Antes disso, em auditoria do Ministério da Saúde no Paraná (fls. 2.699/2.723), afirmou o órgão federal, em missão de fiscalização sobre os repasses de recursos, não ter observado *nenhuma irregularidade ou ilegalidade nos contratos e nas parcerias entre o Município e o IBIDEC – Instituto Brasileiro de Integração e Desenvolvimento Pró-Cidadão na administração e execução dos serviços de saúde contratados, e nessa amostragem não identificamos nenhum fato ou indício que indicasse lesão ao interesse público* (fls. 2.717), o que, embora não se trate de um aspecto vinculante, apresenta-se em favor da probidade de conduta do administrador municipal.

61. Também é relevante registrar, a título de exclusão de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, que, no âmbito do próprio Tribunal de Justiça do Paraná, houve Acórdão absolutório criminal quanto aos mesmos fatos narrados na presente Ação Civil Pública, cujo Acórdão contou com a seguinte ementa:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIME. ACÓRDÃO QUE DÁ PROVIMENTO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E AFASTA A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PELA PENA EM PERSPECTIVA, APLICADA PELO JUIZ SINGULAR, ORDENANDO A BAIXA DOS AUTOS PARA QUE APRECIASSE A DENÚNCIA OFERECIDA, ACOLHENDO-A OU REJEITANDO-A. DENUNCIADO RECORRIDO, CONTUDO, QUE SE ELEGEU PREFEITO E ASSUMIU O CARGO DIAS ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO. DIREITO AO FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA ANÁLISE DA DENÚNCIA E SEU RECEBIMENTO OU REJEIÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. DENÚNCIA OFERTADA CONTRA EX-PREFEITO E PRESIDENTE DE OSCIP – ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO, REGIDA PELA LEI Nº 9.790/1999. CELEBRAÇÃO, PELO MUNICÍPIO, DE TERMOS DE PARCERIA COM A OSCIP, VISANDO A CONSECUÇÃO DE PROGRAMAS DE SAÚDE. PARCERIAS PRECEDIDAS DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, VENCIDOS PELA OSCIP E NÃO IMPUGNADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NEM POR TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE OU ILICITUDE. CELEBRANTES DENUNCIADOS POR VIOLAÇÃO AO ART. 1º, INC. XIII DO DECRETO-LEI 201/1967 E ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR PRETENSA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. OSCIP QUE CONTRATOU MÉDICOS, DENTISTAS, ENFERMEIRAS E OUTROS PROFISSIONAIS PARA PRESTAR OS SERVIÇOS OBJETO DOS TERMOS DE PARCERIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DELES COM A ADMINISTRAÇÃO, MAS APENAS COM A OSCIP. CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA QUE NÃO CARACTERIZA CRIME. DENÚNCIA REJEITADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 397, III DO CPP.
>
> 1. Se à data do julgamento do recurso em sentido estrito, em que a Corte deu provimento ao recurso e afastou a extinção da punibilidade decretada pelo juiz singular, fundada na prescrição em perspectiva, um dos denunciados assumira o cargo de Prefeito, passa ele a ter direito ao foro privilegiado, extensível aos eventuais codenunciados. Impunha-se, assim, que a Corte, recebesse ou rejeitasse a denúncia.
>
> 2. A administração pode celebrar contrato de gestão com organização social, ou firmar termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP, prevista pela lei 9.790/1999 – desde que a seleção da entidade seja precedida

> de regular procedimento licitatório, vez que será beneficiada por recursos ou verbas públicas. Contudo, uma vez celebrado o contrato de gestão ou o termo de parceria em consonância com o edital do certame, a organização pode contratar diretamente – independentemente de nova licitação ou concurso público – os serviços e a mão-de-obra necessários à consecução das obrigações assumidas junto à Administração (EDcl no RSE 523.078-6/01, Rel. LILIAN ROMERO, DJ 16.10.2009) (fls. 4.706/4.728).

62. Não se nega que, nos termos do entendimento desta Corte Superior, *as esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inocorrência de autoria* (REsp. 1.186.787/MG, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 5/5/2014).

63. Ressalvo, contudo, minha compreensão de que não é possível a condenação por ato de improbidade administrativa pelos mesmos fatos apurados no processo penal quando o juízo criminal, após ampla instrução probatória, não encontrou provas suficientes para imputar ao acusado a autoria do crime.

64. Isso porque, atualmente, as instâncias civil, penal e administrativa se relacionam e se influenciam em algumas hipóteses legais. Ainda que se sustente o dogma da separação das instâncias, a sua permanência não pode situar-se acima dos princípios acolhidos pela Constituição Federal, entre eles, no âmbito do Direito Penal, o que assegura a presunção de inocência, de modo que o poder punitivo estatal, no domínio das sanções por improbidade administrativa, não está imune à sua força.

65. Com efeito, se o réu obtém absolvição criminal, com trânsito em julgado, qualquer que seja a razão da absolvição, sobre ele não há de incidir qualquer sanção decorrente do fato objeto do processo criminal, salvo se remanescer resíduo passível de punição.

66. *In casu*, em que pese ter havido Acórdão absolutório criminal em 2009, manteve o Tribunal de origem a condenação por improbidade em 2011, e, aplicando o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior (ressalvado o meu ponto de vista pessoal), o caso dos autos não se encaixa na sobredita exceção de *inexistência do fato ou inocorrência de autoria*, pois houve a realização do convênio entre Município e OSCIP e tal conduta é atribuída aos mesmos réus da presente Ação Civil Pública.

67. Porém, não se pode desprezar a interpretação e a fundamentação dadas pelo Acórdão absolutório criminal acerca do exato tema sobre o qual ora se debruça. Note-se:

> Como se vê, ao contrário do que constou na denúncia, não houve a prática de ato equivalente à nomeação de novos servidores.
>
> A uma, porque eles estavam vinculados exclusivamente ao IBIDEC, que se responsabilizou expressamente pelo pagamento dos encargos sociais e encargos trabalhistas deles.

A duas, não consta que estes funcionários tivessem ficado subordinados ao Município de Palotina, até porque este não os remunerava diretamente, e sim o IBIDEC.

A três, porque não consta que tenha se criado qualquer vínculo, e muito menos de caráter permanente, entre estes funcionários e o Município de Palotina.

Outro fato relevante é que o Município somente firmou os Termos de Parceria com o IBIDEC após prévio certame licitatório vencido por este.

A realização da prévia licitação importou no atendimento aos princípios fundamentais que regem a Administração Pública: (a) da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal e (b) da isonomia. Por meio do certame, o administrador selecionou a melhor alternativa que se afigurou no caso concreto, além de, por meio da competição, ter dado a oportunidade a várias entidades de prestar os serviços objeto dos editais respectivos.

Marçal JUSTEN FILHO, ao discorrer sobre as OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público), aduz que elas podem firmar contratos (chamados de termos de parceria) após prévio certame licitatório e conclui que após selecionadas, podem contratar os serviços e terceiros necessários à consecução do objeto da parceria sem nova licitação (e por conseguinte, sem concurso!): A situação jurídica das organizações da sociedade civil de interesse público.

Questão que desperta atenção é a do tratamento jurídico dessa outra figura, instituída pela Lei nº 9790/1999, também objeto de análise nos comentários desenvolvidos a propósito do art. 1º. À organização da sociedade civil de interesse público se aplicam todas as considerações realizadas acima a propósito da contratação com organizações sociais, naquilo em que forem compatíveis com a sua natureza. Nem seria a utilização da denominação termo de parceria que desnaturaria o vínculo jurídico pactuado com a Administração. O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto e nas condições antes expostas, deve adotar-se licitação para seleção de uma entidade a ser beneficiada por recursos e verbas públicas. Uma vez promovida a seleção, seria possível que as contratações derivadas e acessórias se fizessem sem licitação.

(Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, 2005, p. 268/269)

Em suma, os fatos narrados na denúncia evidentemente não constituem crime. A contratação de OSCIP – organização da

> sociedade civil de interesse público – por meio de Termo de Parceria, após regular licitação (cuja regularidade não foi questionada na denúncia), e a contratação por parte desta, de pessoas para exercerem as obrigações contraídas, não caracteriza o crime do art. 1º, inc. XIII do Decreto-lei 201/1967, nem violação ao art. 37, II da Constituição Federal.
>
> Voto, assim:
>
> I. no sentido de acolher estes embargos de declaração, diante da assunção do embargante Luiz Ernesto de Giacometti no cargo de Prefeito, adquirindo direito ao foro privilegiado, para suprir a omissão apontada;
>
> II. no sentido de rejeitar a denúncia oferecida contra os denunciados Luiz Ernesto de Giacometti e Lilian de Oliveira Lisboa, com fundamento no art. 397, III do CPP (fls. 4.726/4.727).

68. Com essa quadra processual e frente ao contexto, não se pode atribuir responsabilidade por atos de improbidade sobre o fato *realização de termos de parceira entre Município e OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública*, com contratação de profissionais pela entidade parceira.

69. Frente ao exposto, não merecem guarida as insurgências ministeriais, devendo ser integralmente mantida a decisão agravada que deu provimento ao Recurso Especial para julgar improcedente a pretensão em Ação Civil Pública.

70. Diante dessas considerações, conhece-se dos Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR e a eles se nega provimento. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 04/02/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, rejeitou a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Estado do Paraná e, no mérito, após o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho conhecendo dos agravos regimentais, mas negando-lhes provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

PAUTA: 03/05/2016 JULGADO: 03/05/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por falta de tempo hábil para o julgamento.

AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR
(2014/0206339-8)
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF
AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI
ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC
AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA
ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
RODRIGO CASTOR DE MATTOS
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: O eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, ao apreciar os agravos interpostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI, INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC e LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA, assim resumiu a controvérsia:

> 1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI, ex-Prefeito do Município de Palotina/PR, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, por INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público –OSCIP, e por LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA, Diretora da Entidade, ambos com fulcro na alínea *a* do citado dispositivo constitucional, objetivando a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO POR EX-PREFEITO MUNICIPAL – PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA – REMESSA DE VERBAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP – TRANSFERÊNCIA DA TOTALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL À INICIATIVA PRIVADA – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇAO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DA LEI Nº 8.249/1992 – RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ (APELANTE 1), LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI (APELANTE 2) E LÍLIAN DE OLIVEIRA LISBOA E IBIDEC (APELANTE 3) DESPROVIDOS (fls. 4.887/4.924).

2. Os Embargos de Declaração opostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI foram acolhidos para suprimento de omissões, sem alteração do resultado do julgamento (fls. 5.421/5.429).

3. Nas razões de seu Apelo Raro de fls. 5.533/5.596, sustentaram IBIDEC e LILIAN LISBOA violação, pelo acórdão recorrido, dos arts. 535, II do CPC, do Decreto nº 1.232/1994, dos arts. 3º, 9º da Lei nº 9.790/1999, 8º e 31-B do Decreto nº 3.100/1999, 4º, 8º e 25 da Lei nº 8.080/1990 e do art. 12, II da Lei nº 8.429/1992, aos seguintes argumentos:

(a) não foram afastados os vícios do acórdão recorrido, não obstante opostos Embargos de Declaração;

(b) incidiria à espécie a Súmula 208 desta Corte Superior, segundo a qual a Justiça Federal é a competente para julgar a presente demanda, e não a Justiça Estadual, pois, contrariamente à conclusão do Tribunal de origem, a aplicação das verbas federais e a execução dos programas nacionais ficam sujeitas à fiscalização das entidades federais, não se incorporando ao Município;

(c) a OSCIP está legitimada legalmente para atuação conjunta no âmbito do Sistema Único de Saúde, de modo que não se sustentaria a premissa do Acórdão recorrido quando afirmou não ter havido prestação complementar em serviço de saúde;

(d) não há prova nos autos de que gerariam dano ao erário as taxas de administração pagas pelo Município de Palotina ao IBIDEC; e

(e) na hipótese de manutenção da condenação, a fixação das sanções no máximo previsto na LIA não é compatível com a conduta reconhecida pelo Tribunal como culposa, não se fundando o julgado recorrido nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Por sua vez, em seu Recurso Especial, LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 330 do CPC, 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, aos seguintes argumentos:

(a) cerceamento de defesa, na medida em que houve julgamento antecipado da lide, sem que tivesse sido oportunizada às partes a produção de prova testemunhal, especialmente no tocante à averiguação do dolo, elemento subjetivo essencial para a configuração do ato de improbidade;

(b) não houve individualização adequada das sanções, pois deixou o acórdão recorrido de diferenciar e sopesar a conduta de cada envolvido;

(c) não há nos autos prova de dolo ou culpa na conduta da parte recorrente, uma vez que o julgado recorrido, em momento algum, analisou a conduta sob o enfoque do elemento subjetivo, sobretudo por haver absolvição criminal pela Corte de origem sobre os mesmos fatos versados na Ação Civil Pública.

5. Também recorreu o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, alegando vilipêndio dos arts. 10, I e II da LIA, ao argumento de que o dano ao Erário não se resumiu à taxa de administração paga pelo Município à OSCIP, mas, por se tratar de contratação ilegal de profissionais sem concurso público – portanto ato nulo –, a condenação deveria abranger todas as quantias pagas pela remuneração do serviço prestado.

6. A Vice-Presidência do Tribunal de origem indeferiu o processamento dos Recursos Especiais (fls. 5.768/5.776), sobrevindo Agravo apenas de LUIZ ERNESTO, de IBIDEC e de LILIAN LISBOA.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, opinou pelo desprovimento dos agravos.

8. É o relatório. Decido.

Acrescento que o relator, em decisão singular, conheceu dos agravos e deu provimento aos recursos especiais para julgar improcedente o pedido formulado na Ação Civil Pública por improbidade, sem condenação do autor em honorários advocatícios.

Inconformados, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Paraná interpuseram os agravos regimentais ora em apreciação.

O Ministério Público Federal sustenta que o Município não pode se valer de termo de parceria com Organização Social para realizar contratação de prestação de serviços sem o devido concurso público, situação que constitui clara violação ao texto constitucional.

De outro lado, o Ministério Público do Estado do Paraná defende a impossibilidade de provimento monocrático do agravo, e a consequente violação ao art. 544, § 4º, II, *c*, do CPC, bem como que a avaliação do caso concreto encontra obstáculo nas Súmulas 5/STJ e 7/STJ, pois demanda o exame dos fatos e de cláusulas contratuais.

Por seu turno, o ilustre relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento aos agravos regimentais, por entender que a decisão agravada foi assentada na moldura fático-probatória delineada na instância ordinária.

Também afirmou que a condenação foi afastada ao fundamento de ausência de dolo ou culpa ensejadora de ato ímprobo, entendimento esse que é convergente com a jurisprudência desta Corte, citando o REsp 1.399.825/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, ressaltando que eventual nulidade encontra superação com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado no presente agravo interno.

No mais, manteve na íntegra a decisão agravada, ressaltando que a conduta do administrador foi lícita e precedida do regular procedimento licitatório, devendo ser afastada a improbidade administrativa na "realização de termos de parceria entre Município e OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública, com contratação de profissionais pela entidade parceira".

Feito esse breve relato, **passo ao voto-vista.**

A suscitada violação ao art. 544, § 4º, II, *c*, do CPC já foi apreciada por este Colegiado, que rejeitou a questão nos termos do voto do relator.

No tocante à incidência das Súmulas 5/STJ e 7/STJ, convém ressaltar que o exame dos recursos apresentados não necessitam da avaliação de cláusula do contrato questionado ou do reexame dos fatos apresentados, pois eles foram apreciados na decisão agravada segundo a moldura fática estabelecida na instância ordinária.

Afastados os óbices processuais apontados nas razões de regimental, passo ao exame da questão de fundo, ressaltando desde já que meu voto converge com o entendimento do ilustrado Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sobre a matéria.

Como exposto, discute-se a existência de ato de improbidade na realização de parceria entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC para a execução dos seguintes programas na área de saúde: PSF (Programa de Saúde da Família); implementação de pronto atendimento 24h; e execução de procedimentos médico/hospitalares de média e alta complexidade.

Segundo o acórdão recorrido, tal convênio acabou por transferir integralmente os serviços de saúde à entidade privada recorrente, sem que houvesse previsão legal

para tanto, tudo isso com a consequente burla à exigência de concurso público para o exercício de atividade típica de Estado.

Como o ilustre Relator ressaltou, são fatos incontroversos a realização do convênio e as condições adotadas para a contratação de pessoal. Por isso, a questão a ser examinada no apelo nobre está em definir se a conduta praticada pelo agente público, qual seja, a total transferência dos serviços de saúde a entidade privada, que passou a deter a responsabilidade pela contratação e pagamento de pessoal, afronta aos arts. 37, II e IX, 196, § 1º, CF e 1º, § 2º, do Decreto nº 2271/1997, podendo ser enquadrada como ato de improbidade nos termos do art. 10, XI, da Lei nº 8.429/1992.

Sobre a legalidade dos convênios feitos com as chamadas OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.923/DF, declarou a possibilidade, pelo Poder Público, de qualificação das organizações sociais de direito privado para o desenvolvimento de serviço público social, desde que observados os princípios ali estabelecidos.

Eis as conclusões do julgado em epígrafe:

> *Ex positis*, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, para que:
>
> (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/1998;
>
> (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
>
> (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/1998, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
>
> (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
>
> (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

> (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Como destacado pelo STF, a qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, regulamentadas na Lei nº 9.790/1999, para a colaboração em determinados deveres estatais como a Saúde Pública, é ato discricionário do administrador, inexistindo a ilegalidade apontada pelo Ministério Público no convênio ora examinado.

Sobre a necessidade de realização de concurso para a contratação dos profissionais que atuam nas OSCIP's, ponto fulcral da prestação presente ação civil pública, o Ministro Luiz Fux, relator para o acórdão da **ADI 1.923/DF**, assim se pronunciou:

> [...]Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados* (grifos no original).

Diante dessas considerações, não está caracterizado o ato de improbidade previsto no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/1992, pois o Município de Palotina/PR estava autorizado pelas Leis nºs 9.637/1998 e 9.790/1999 a realizar convênio com o IBIDEC, entidade classificada como OSCIP, para a execução dos programas de saúde discriminados, não sendo obrigatória a realização de concurso público para a contratação dos profissionais necessários para o cumprimento da obrigação assumida perante o Poder Público.

Ante o exposto, acompanho a conclusão a que chegou o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no sentido de negar provimento aos agravos regimentais,

mantendo na íntegra a decisão que conheceu dos agravos e deu provimento aos recursos especiais para julgar improcedente o pedido formulado na subjacente ação civil pública de improbidade.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

PAUTA: 03/05/2016

JULGADO: 05/05/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por unanimidade, conheceu dos agravos regimentais, mas negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) (voto-vista), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.606.616 – MG (2016/0149372-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE: VERA LÚCIA FERREIRA DA CONCEIÇÃO
ADVOGADO: LUIS GONÇALVES
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TRÊS MARIAS
ADVOGADO: MATIAS MARCIO DE LIMA E SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça realinhou sua jurisprudência para acompanhar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. Para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 28.02.2013), reconheceu serem "extensíveis aos servidores contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato" (RE-AgR 752.206/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.10.2013).

2. Ressalte-se que o STJ já havia adotado entendimento semelhante no julgamento do REsp 1110848/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3/8/2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

3. O termo inicial da prescrição deve observar o disposto no julgamento do ARE 709.212, em repercussão geral, qual seja, "para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão" (ARE 709212, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – mérito DJe-032 Divulg 18-02-2015 Public 19-02-2015).

4. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).' Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 16 de agosto de 2016(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.606.616 – MG (2016/0149372-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: VERA LÚCIA FERREIRA DA CONCEIÇÃO

ADVOGADO: LUIS GONÇALVES

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TRÊS MARIAS

ADVOGADO: MATIAS MARCIO DE LIMA E SILVA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS. NULIDADE. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E NÃO EMPREGATÍCIO. FGTS NÃO DEVIDO. LEI Nº 8.036/1990. NÃO INCIDÊNCIA DO RE Nº 705.140. APELO NÃO PROVIDO.
>
> – Sob a ótica da Suprema Corte, a regra a ser observada pela Administração Pública é a contratação mediante prévia aprovação em concurso público, sob pena de nulidade (art. 37, § 2°, CF).
>
> – Se a lei municipal que dispõe sobre a contratação temporária para atender excepcional interesse público e especifica que o regime jurídico a ser observado é o do servidor público, a relação contratual não pode ser afetada pelas regras da CLT.
>
> – A nulidade da contratação temporária não convola o regime jurídico- administrativo em celetista, e, por conseguinte, não é devido o FGTS.

> – O julgamento realizado pelo STF no RE n° 705.140 não é aplicável ao servidor temporário quando está provado que a contratação deu-se pelas regras do regime jurídico-administrativo.

A parte recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 19-A da Lei nº 8.036/1990.

Aduz, em suma, estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade do recurso.

Contrarrazões às fls. 478-483.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.606.616 – MG (2016/0149372-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 22.6.2016.

O Superior Tribunal de Justiça realinhou sua jurisprudência para acompanhar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/90 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. Para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 28.02.2013), reconheceu serem "extensíveis aos servidores contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato" (RE-AgR 752.206/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.10.2013).

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E CONTINUADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM OBSERVÂNCIA DO CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL DA CONTRATAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/1990 – REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.
>
> (...)
>
> II – O Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. Para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 28.02.2013), reconheceu serem "extensíveis aos servidores

> contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato" (RE–AgR 752.206/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.10.2013).
>
> III – Realinhamento da jurisprudência desta Corte que, seguindo orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, afastava a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 para esses casos, sob o fundamento de que a mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não teria o condão de transmutar o vínculo administrativo em trabalhista (RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 05.12.2008; CC 116.556/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 04.10.2011, REsp 1.399.207/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 24.10.2013, entre outros).
>
> IV – O servidor público, cujo contrato temporário de natureza jurídico-administrativo foi declarado nulo por inobservância do caráter transitório e excepcional da contratação, possui direito aos depósitos do FGTS correspondentes ao período de serviço prestado, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990.
>
> V – Recurso especial provido.
>
> (REsp 1517594/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/11/2015).

Ressalte-se que o STJ já havia adotado entendimento semelhante no julgamento do REsp 110848/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/08/2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

Cito ementa do julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF.
>
> 1. A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/1988, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS.

2. Precedentes do STJ: REsp 863.453/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12.11.2007; REsp 892.451/RN, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 877.882/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.02.2007; REsp 827.287/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.06.2006; REsp 892719/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008.

3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. *In casu*, os arts. 22 e 29-C da Lei nº 8.036/1990, 21 do CPC, e 406 do CC, não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-los, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto aos aludidos dispositivos.

5. As razões do recurso especial mostram-se deficientes quando a recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

6. *In casu*, a recorrente não aponta violação a qualquer dispositivo legal, limitando-se a alegar a necessidade de chamamento ao processo do Município de Mossoró, incidindo, *mutatis mutandis*, a Súmula 284 do STF, bem assim as Súmulas 282 e 356, haja vista a simultânea ausência de prequestionamento da questão.

7. A eventual ação de regresso, quando muito, imporia a denunciação da lide do Município, que é facultativa, como o é o litisconsórcio que o recorrente pretende entrevê-lo como "necessário".

8. Não há litisconsórcio passivo entre o ex-empregador (o Município) e a Caixa Econômica Federal – CEF, uma vez que, realizados os depósitos, o empregador não mais detém a titularidade sobre os valores depositados, que passam a integrar o patrimônio dos fundistas. Na qualidade de operadora do Fundo, somente a CEF tem legitimidade para integrar o polo passivo da relação processual, pois ser a única responsável pela administração das contas vinculadas do FGTS, a teor da Súmula 82, do Egrégio STJ (Precedente: REsp 819.822/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 496).

9. A Corte, em hipóteses semelhantes, ressalva o direito da CEF ao regresso, sem prejudicar o direito do empregado (Precedente: REsp

> 897043/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 11.05.2007 p. 392).
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
>
> Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
>
> (REsp 1110848/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 03/08/2009).

Saliente-se que o termo inicial da prescrição deve observar o disposto no julgamento do ARE 709.212, em repercussão geral, qual seja, "para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão".

Cito ementa do julgado:

> Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
>
> (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015).

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial, nos termos da fundamentação acima**.

É como **voto.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0149372-8 REsp 1.606.616/MG

Números Origem: 0009836922014 00098369220148130058 10058140009836 10058140009836001105814000983600 2

PAUTA: 16/08/2016 JULGADO: 16/08/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária: Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: VERA LÚCIA FERREIRA DA CONCEIÇÃO

ADVOGADO: LUIS GONÇALVES

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TRÊS MARIAS

ADVOGADO: MATIAS MARCIO DE LIMA E SILVA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Empregado Público/Temporário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

• • •

HABEAS CORPUS Nº 275.635 - SP (2013/0271447-8)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE: MÁRCIO FRANCISCO DE PAULA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA VICARIANTE. INOCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA E DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DECORRENTES DE FATOS E AÇÕES PENAIS DISTINTAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O sistema vicariante afastou a imposição cumulativa ou sucessiva de pena e medida de segurança, uma vez que a aplicação conjunta ofenderia o princípio do *ne bis in idem*, já que o mesmo indivíduo suportaria duas consequências em razão do mesmo fato.

3. Tratando-se o reconhecimento da incapacidade de decisão incidental no processo penal, não há obstáculo jurídico à imposição de medida de segurança em um feito e penas privativas de liberdade em outros processos.

4. *Habeas Corpus* não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de março de 2016 (Data do Julgamento)
MINISTRO NEFI CORDEIRO

HABEAS CORPUS Nº 275.635 – SP (2013/0271447-8)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE: MÁRCIO FRANCISCO DE PAULA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIO FRANCISCO DE PAULA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpria pena privativa de liberdade decorrente de três condenações diferentes.

Durante o cumprimento das referidas penas, foi absolvido impropriamente nos autos de outra ação penal, sendo-lhe aplicada a medida de segurança de internação.

Após constatada a cessação da periculosidade, o Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital/SP determinou a desinternação condicional do ora paciente e o cumprimento das penas privativas de liberdade remanescentes.

Irresignada, a defesa interpôs Agravo em Execução, perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (fls. 20/22).

Alega a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto as penas privativas de liberdade remanescentes deveriam ter sido previamente convertidas em medida de segurança.

Alega, ainda, que a *decisão que determinou o cumprimento das penas, depois de deferir a desinternação condicional, e que deixou, assim, de converter as penas em medida de segurança, é ilegal e viola o sistema vicariante* (fl. 05).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se determine a conversão das penas privativas de liberdade em medida de segurança, de modo que as medidas de segurança decorrentes da conversão sejam abrangidas pela decisão de desinternação, não havendo assim, pena a ser cumprida, expedindo-se alvará de soltura (fl. 06).

A liminar foi indeferida às fls. 41/42.

As informações foram prestadas às fls. 50/56, 59/72, 84 e 86/98.

O Ministério Público Federal manifestou-se, à fl. 75, pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 275.635 - SP (2013/0271447-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Extrai-se dos autos que o paciente possui quatro condenações, sendo que apenas uma delas foi substituída por medida de segurança. Sobre o tema, veja como manifestou-se a Corte Estadual (fls. 21/22):

> Deflui-se dos autos que o agravante possui três execuções definitivas referentes a penas privativas da liberdade que não foram convertidas em medida de segurança.
>
> Tendo em mira a cessação da periculosidade do agravante, atestada, pois, por parecer psiquiátrico juntado aos autos (fls. 18/19), o juízo processante determinou a sua desinternação e o cumprimento das penas privativas da liberdade remanescentes.
>
> E com inteira razão.
>
> Com o término da medida curativa e a juntada do laudo comprobatório da cessação da periculosidade não é possível proceder-se da forma pretendida pela Defesa.
>
> Ora, é impossível aplicar medida de segurança para imputáveis.
>
> Assim entendendo estariam confundidas a culpabilidade e a periculosidade.
>
> Na verdade, a inimputabilidade não pode ser presumida e estendida a outras infrações penais. Ela é analisada e declarada, caso a caso, vale dizer, em relação a cada crime, em cada processo a que responde o réu.

> Logo, não é porque ele foi declarado inimputável em um dos feitos que esse estado dever ser estendido aos demais a que responde, notadamente porque sua periculosidade foi atestada como cessada.
>
> Em outras palavras, em cada infração penal sopesou-se o estado psíquico do réu e se não foi declarada sua semi-imputabilidade ou inimputabilidade naquele momento, não se pode declará-la agora, de forma genérica.
>
> Destarte, não há qualquer óbice para o cumprimento das penas a que foi condenado, por ser plenamente capaz de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato criminoso ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

Primeiramente, necessário se faz compreender os pilares do sistema vicariante, o que resta bastante claro a partir das lições extraídas do seguinte excerto (LEAL, Magnólia Moreira. A indeterminação do prazo máximo de duração das medidas de segurança. *In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, nº 114, jul. 2013):

> A Reforma Penal de 1984 estabeleceu o Sistema Vicariante, o qual eliminou a aplicação dupla de pena e medida de segurança para os inimputáveis e semi-imputáveis, o que ocorria anteriormente com o chamado Sistema Duplo Binário.
>
> O Sistema Vicariante vigora atualmente no Brasil e implica na imposição de pena ou na imposição de medida de segurança, sendo vedada a aplicação cumulativa ou sucessiva. Assim, ao réu considerado imputável, será aplicada uma pena, independentemente de ser perigoso ou ter praticado um crime violento, do contrário, sendo inimputável e perigoso, receberá uma medida de tratamento.
>
> Antes de tal reforma, como era possível a aplicação conjunta de pena e medida de segurança, ocorria a violação expressa do princípio do *ne bis in idem*, porque por mais que os fundamentos e os fins de uma e outra sejam distintos, o fato era que naquela realidade era o mesmo indivíduo que suportava as duas consequências pelo mesmo fato praticado.

A principal conclusão que se extrai do trecho acima citado, portanto, é que o sistema vicariante afastou a imposição cumulativa ou sucessiva de pena e medida de segurança, uma vez que a aplicação conjunta ofenderia o princípio do *ne bis in idem*, já que o mesmo indivíduo suportaria duas consequências em razão do mesmo fato.

No presente caso, busca-se a extinção das penas privativas de liberdade impostas ao paciente, ao fundamento de que o acórdão hostilizado teria violado o sistema vicariante, adotado pelo Código Penal.

Conforme exposto nos autos, em apenas um dos feitos o paciente foi absolvido impropriamente, sendo-lhe imposta uma medida de segurança; nos demais processos, as penas privativas de liberdade não foram objeto de conversão.

Evidencia-se que cada reprimenda imposta corresponde a um fato distinto, portanto, não há que se falar ou sequer que se pensar em ofensa ao sistema vicariante, porquanto a medida de segurança refere-se a um fato específico e a aplicação das penas privativas de liberdade correlacionam-se, respectivamente, a outros fatos e delitos.

Neste sentido, já manifestou-se o eminente Ministro Jorge Mussi, nos autos do HC nº 137.547/RJ, DJe 1/2/2013:

> Depreende-se dos autos que o paciente possui dezenove condenações, sendo certo que somente em três delas foram substituídas as penas privativas de liberdade por medidas de segurança, consoante se infere do seguinte excerto, extraído das informações prestadas pela Corte a quo às fls. 98 a 106, in verbis:
>
> (...)
>
> Nos demais processos, o paciente restou condenado a penas privativas de liberdade, pelo cometimento dos crimes de roubo circunstanciado, estupro, atentado violento ao pudor, entre outros, totalizando 72 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão (fls. 98 a 102), as quais não foram convertidas em medida de segurança.
>
> Neste writ, busca-se a extinção das penas privativas de liberdade impostas ao paciente, sob o fundamento de que o aresto objurgado, ao manter a decisão do Juízo das Execuções Penais, teria violado o sistema vicariante, adotado pelo Código Penal.
>
> Contudo, não assiste razão ao impetrante.

É certo que, com a Reforma Penal de 1984, foi adotado pelo Estatuto Repressivo o sistema vicariante, afastando-se a possibilidade de imposição dupla de pena e medida de segurança, aos imputáveis e semi-imputáveis, haja vista que a aplicação conjunta ofenderia o princípio do *ne bis in idem*, pois o mesmo indivíduo suportaria duas consequências pelo mesmo fato perpetrado.

O art. 98 do Código Penal dispõe que, no caso dos semi-imputáveis, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por medida de segurança, consoante se infere da leitura do aludido dispositivo legal:

> Art. 98 Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Nesse vértice:

> CRIMINAL. AMEAÇA E INCÊNDIO. SEMI-IMPUTÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL OPERADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO. RECURSO PROVIDO. I – Hipótese de réu semi-imputável condenado à pena de reclusão, para o qual o Tribunal a quo determinou, de ofício, a substituição da medida de internação anteriormente imposta pelo tratamento ambulatorial. II – O art. 98 do Código Penal, aplicando as regras do artigo 97 do mesmo estatuto repressor, prevê, para os casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação (nos casos de réus apenados com reclusão) ou de tratamento ambulatorial (para apenados com detenção). Precedentes. III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 1235511/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 15/06/2011)

Pelo que se depreende das informações trazidas pelo impetrado, observa-se que em apenas três processos (Cartas de Execução de Sentença nºs 2005.00921-2, 2005.04012-6 e 2007/10254-4) as penas privativas de liberdade foram convertidas em medidas de segurança; nas demais condenações, as reprimendas impostas ao paciente – penas privativas de liberdade – não foram objeto de conversão.

Portanto, não há que se falar, na espécie, em cumprimento sucessivo de medida de segurança e pena pelo mesmo fato delituoso, inexistindo, portanto, afronta ao sistema vicariante.

Como bem salientando pelo Parquet, *em seu parecer, "o paciente foi condenado em dezenove processos diferentes e apenas em três deles foi imposta a medida de segurança, com todo o trâmite processual correspondente" (fls. 126).*

Ademais, de acordo com as informações trazidas pelo magistrado de primeiro grau, foi declarada extinta a punibilidade do paciente nos processos relativos às Cartas de Execução de Sentença nºs 2005.00921-2, 2005.04012-6 e 2007/10254-4, em 24-3-2010 (fls. 148 a 149).

Por fim, ressalta-se que, na hipótese, não há notícia, nem fez prova o impetrante, de que teria ocorrido superveniência de doença mental no curso da execução da pena, situação em que poderia ser aplicado o disposto no art. 183 da LEP, o qual determina a substituição da reprimenda privativa de liberdade resgatada pelo reeducando por medida de segurança. Desse modo, não evidenciada a aventada coação, nega-se seguimento ao writ.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0271447-8 HC 275.635/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00415320320138260000 3782007 415320320138260000 660733

EM MESA JULGADO: 08/03/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário: Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: MÁRCIO FRANCISCO DE PAULA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal

CERTIDÃO

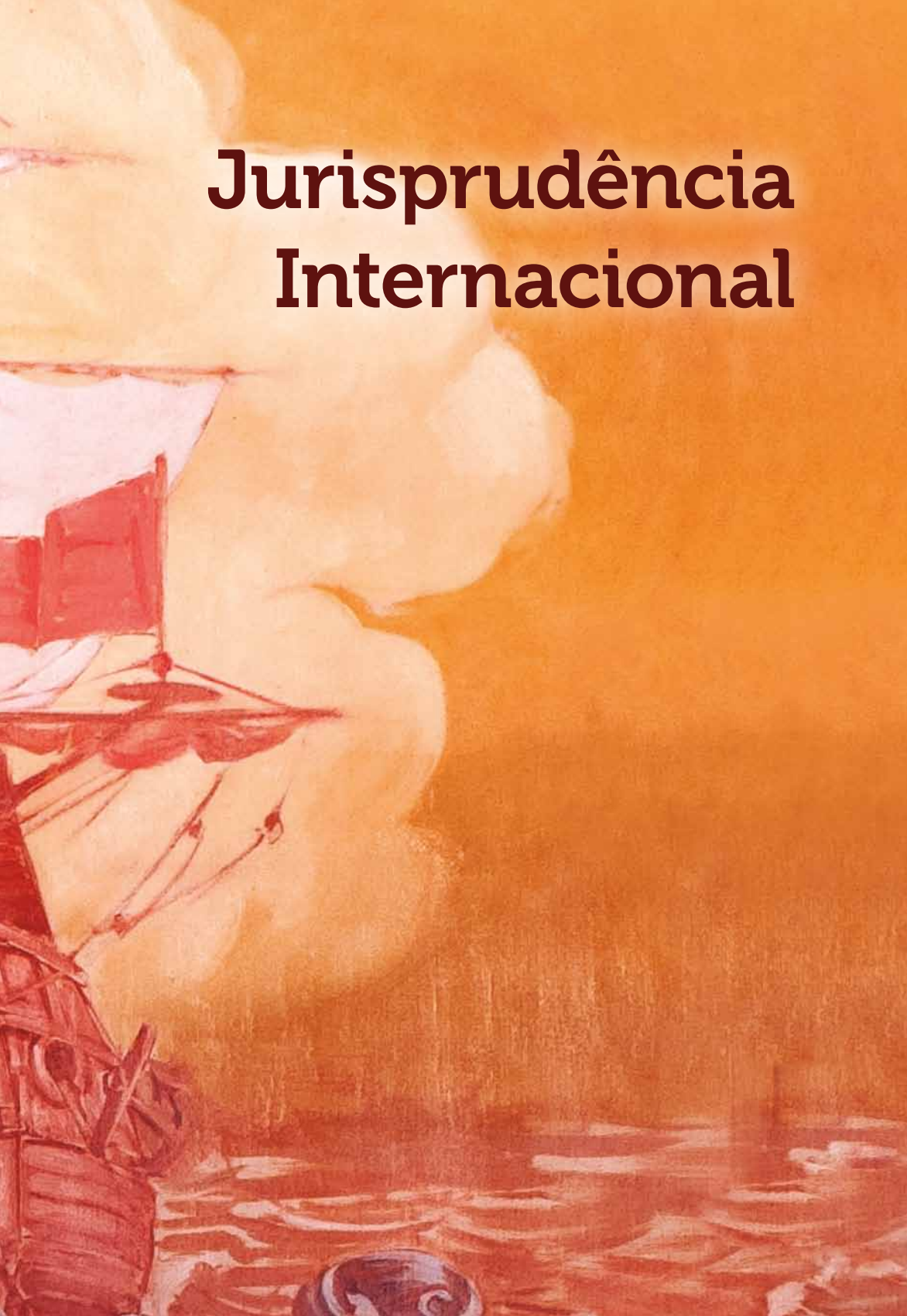
Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória
O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras
Sentença de 29 de Julho de 1988
(Mérito)

No caso Velásquez Rodríguez,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos, integrada pelos seguintes juízes:

Rafael Nieto Navia, **Presidente**

Héctor Gros Espiell, **Vice-Presidente**

Rodolfo E. Piza E., **Juiz**

Thomas Buergenthal, **Juiz**

Pedro Nikken, **Juiz**

Héctor Fix-Zamudio, **Juiz**

Rigoberto Espinal Irías, **Juiz ad hoc;**

presentes, ademais,

Charles Moyer, **Secretário**, e

Manuel Ventura, **Secretário Adjunto**,

de acordo com o artigo 44.1 de seu Regulamento (doravante "o Regulamento"), profere a seguinte sentença sobre o presente caso submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado de Honduras.

1. Este caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Corte") pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão") em 24 de abril de 1986. Originou-se em uma denúncia (nº 7920) contra o Estado de Honduras (doravante "Honduras" ou "o Governo"), recebida na Secretaria da Comissão em 7 de outubro de 1981.

2. Ao introduzir a demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante "a Convenção" ou "a Convenção Americana"). A Comissão submeteu este caso com o fim de que a Corte decida se houve violação, por parte do Estado envolvido, dos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal) e 7 (Direito à Liberdade Pessoal) da Convenção em detrimento do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez (também conhecido como Manfredo Velásquez). Igualmente, solicitou que a Corte dispusesse que fossem "reparadas as consequências da situação que configurou a vulneração desses direitos e que fosse concedida à parte ou partes lesadas uma justa indenização".

3. Segundo a denúncia apresentada perante a Comissão e a informação complementar recebida nos dias imediatamente seguintes, Manfredo Velásquez, estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, "foi detido de forma violenta e sem intermédio de ordem judicial de prisão, por elementos da Direção Nacional de Investigação e do G-2 (Inteligência) das Forças Armadas de Honduras".

A detenção ocorreu em Tegucigalpa, na tarde de 12 de setembro de 1981. Os denunciantes declararam que várias testemunhas oculares teriam afirmado ter sido esse levado junto com outros detidos às celas da II Estação da Força de Segurança Pública localizadas no Bairro *El Manchén* de Tegucigalpa, onde foi submetido a "duros interrogatórios sob cruéis torturas, acusado de supostos delitos políticos". Acrescenta a denúncia que, em 17 de setembro de 1981, foi transferido ao I Batalhão de Infantaria onde prosseguiram os interrogatórios e que, apesar disto, todas as forças policiais e de segurança negaram sua detenção.

4. Depois de haver transmitido a denúncia ao Governo, a Comissão, em diversas oportunidades, solicitou do mesmo a informação correspondente sobre os fatos denunciados. Diante da falta de resposta do Governo, a Comissão, em aplicação do artigo 42 (antigo art. 39) de seu Regulamento, presumiu como "verdadeiros os fatos denunciados na comunicação de 7 de outubro de 1981 relativos à detenção e posterior desaparecimento do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez na República de Honduras" e observou ao Governo "que tais fatos constituem gravíssimas violações ao direito à vida (art. 4) e ao direito à liberdade pessoal (art. 7) da Convenção Americana" (resolução 30/83, de 4 de outubro de 1983).

5. Em 18 de novembro de 1983, o Governo pediu a reconsideração da resolução 30/83, argumentando que não haviam sido esgotados os recursos da jurisdição interna; que a Direção Nacional de Investigação (doravante "DNI") desconhecia o paradeiro de Manfredo Velásquez; que o Governo estava tomando todas as diligências para esclarecer o paradeiro da pessoa em questão e que havia boatos de que Manfredo Velásquez "anda com grupos de guerrilheiros de El Salvador".

6. Em 30 de maio de 1984, a Comissão comunicou ao Governo que havia concordado, "à luz das informações fornecidas por Vosso Ilustre Governo, reconsiderar a resolução 30/83, continuando com o estudo do caso", e solicitou informação, entre outros aspectos, sobre o esgotamento dos recursos da jurisdição interna.

7. Em 29 de janeiro de 1985, a Comissão reiterou o pedido de 30 de maio de 1984 e advertiu que adotaria uma decisão final sobre este caso em sua sessão de março de 1985. Em 1º de março desse ano, o Governo pediu que a decisão final fosse postergada e informou que havia estabelecido uma Comissão Investigadora sobre a matéria. A Comissão Interamericana concordou em 11 de março com a solicitação do Governo e concedeu-lhe um prazo de 30 dias para enviar a informação solicitada, sem que esta tivesse sido remetida pelo Governo dentro do prazo.

8. Em 17 de outubro de 1985, o Governo apresentou à Comissão o texto do Relatório emitido pela Comissão Investigadora.

9. Em 7 de abril de 1986, o Governo informou sobre as diligências iniciadas em face dos supostos responsáveis pelo desaparecimento de Manfredo Velásquez e outros, perante o Primeiro Juízo Criminal de Letras, o qual determinou o arquivamento, "com exceção do General Gustavo Álvarez Martínez, por não haver obtido testemunho, por encontrar-se este fora do país", decisão posteriormente confirmada pela Primeira Corte de Apelações.

10. A Comissão, na resolução 22/86, de 18 de abril de 1986, considerou que a nova informação apresentada pelo Governo não era suficiente para merecer uma reconsideração de sua resolução 30/83 e que, ao contrário, "de todos os elementos de juízo que constam do caso, deduz-se que o senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez continua desaparecido sem que o Governo (...) tenha oferecido provas conclusivas que permitam estabelecer que não são verdadeiros os fatos denunciados". A Comissão nesta mesma resolução confirmou a resolução 30/83 e encaminhou o assunto à Corte.

I

11. A Corte é competente para conhecer do presente caso. Honduras ratificou a Convenção em 8 de setembro de 1977 e em 9 de setembro de 1981 depositou o instrumento de reconhecimento da competência contenciosa da Corte a que se refere o artigo 62 da Convenção. O caso foi elevado à Corte pela Comissão, de acordo com os artigos 61 da Convenção e 50.1 e 50.2 de seu Regulamento.

II

12. A demanda perante a Corte foi apresentada em 24 de abril de 1986. A Secretaria da Corte, em cumprimento do artigo 26.1 do Regulamento, remeteu-a ao Governo em 13 de maio de 1986.

13. Em 23 de julho de 1986, o Juiz Jorge R. Hernández Alcerro comunicou ao Presidente da Corte (doravante "o Presidente") que, com fundamento no artigo 19.2 do Estatuto da Corte (doravante "o Estatuto"), havia "decidido escusar-se do conhecimento dos três casos que (...) foram submetidos à consideração da Corte Interamericana de Direitos Humanos". O Presidente aceitou a escusa e, mediante nota dessa mesma data, informou ao Governo que, de acordo com o artigo 10.3 do Estatuto, tinha direito a designar um juiz *ad hoc*. O Governo, mediante nota de 21 de agosto de 1986, designou para esse efeito o Advogado Rigoberto Espinal Irías.

14. O Presidente, mediante nota de 23 de julho de 1986, confirmou um acordo preliminar para que o Governo apresentasse o escrito pertinente no final do mês de agosto de 1986. Em 21 de agosto de 1986 o Governo solicitou postergar até o mês de novembro do mesmo ano o prazo para apresentá-lo.

15. Por resolução de 29 de agosto de 1986, o Presidente, depois de ter consultado as partes, indicou o dia 31 de outubro de 1986 como data limite para que o Governo apresentasse seu escrito sobre este caso. Ao mesmo tempo, fixou o dia 15 de janeiro de 1987 para que a Comissão apresentasse o seu respectivo escrito e 1º de março do mesmo ano como limite temporal para a apresentação da resposta do Governo.

16. O Governo, em seu escrito de 31 de outubro de 1986, formulou objeções à admissibilidade da demanda promovida pela Comissão.

17. O Presidente, por resolução de 11 de dezembro de 1986, a pedido da Comissão, estendeu o prazo da apresentação de seu escrito até 20 de março de 1987 e prorrogou o prazo para apresentar da resposta do Governo até 25 de maio de 1987.

18. Por resolução de 30 de janeiro de 1987, o Presidente esclareceu que a demanda introduzida pela Comissão, que deu início ao presente procedimento, deve ser considerada nesta oportunidade como memorial previsto pelo artigo 30.3 do Regulamento e que, ademais, o prazo conferido à Comissão, de 20 de março de 1987, seria o previsto no artigo 27.3 do mesmo para apresentar suas observações e conclusões sobre as exceções preliminares opostas pelo Governo. O Presidente dispôs também convocar as partes para uma audiência pública em 15 de junho de 1987, com o propósito de escutar seus argumentos sobre as exceções preliminares, deixando abertos os prazos processuais sobre o mérito, nos termos do referido artigo do Regulamento.

19. Mediante escrito de 13 de março de 1987, o Governo comunicou que, porquanto:

> a Resolução de 30 de janeiro de 1987 não se circunscreve a assuntos de mero trâmite nem à fixação de prazos, mas inclui um trabalho interpretativo e de qualificação dos escritos apresentados (...) considera desejável, ao teor do disposto no Artigo 25 do Estatuto da Corte e do Artigo 44, parágrafo 2, de seu Regulamento, que a Corte confirme os termos da resolução do Presidente da Corte de 30 de janeiro de 1987, como uma medida tendente a evitar ulterior confusão entre as partes, uma vez que sendo os primeiros casos contenciosos que se submetem ao conhecimento da mesma, resulta especialmente conveniente assegurar o estrito cumprimento e a correta aplicação das normas de procedimento da Corte.

20. Em escrito que acompanhou suas observações de 20 de março de 1987, a Comissão solicitou ao Presidente que deixasse sem efeito o parágrafo 3 da resolução de 30 de janeiro de 1987, mediante o qual se fixara a data para a realização da audiência pública. Também expressou que "(e)m nenhuma parte de seu Memorial, o Governo de Honduras apresentou suas objeções com o caráter de exceções preliminares". Por sua vez, em nota de 11 de junho de 1987, o Governo referiu-se a elas como "objeções preliminares".

21. Mediante resolução de 8 de junho de 1987, a Corte confirmou em todos os seus termos a resolução do Presidente de 30 de janeiro de 1987.

22. A audiência pública sobre as exceções preliminares opostas pelo Governo foi realizada em 15 de junho de 1987. A ela compareceram representantes do Governo e da Comissão.

23. Em 26 de junho de 1987 a Corte resolveu as exceções preliminares em sentença adotada por unanimidade. Nela, a Corte:

> 1. Desconsidera as exceções preliminares opostas pelo Governo de Honduras, exceto a referente ao não esgotamento dos recursos de jurisdição interna, o que ordena unir à questão de mérito.

> 2. Continua com o conhecimento do presente caso.
>
> 3. Reserva o pronunciamento sobre custas para ser decidido com a questão de mérito.

(***Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares***, Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1).

24. Nessa mesma data, a Corte adotou uma resolução por meio da qual dispôs:

> 1. Instruir o Presidente para que, em consulta com as partes, outorgue ao Governo um prazo definitivo e peremptório, que não poderá exceder o dia 27 de agosto de 1987, para que apresente seu contramemorial sobre o mérito do assunto e ofereça suas provas, com indicação dos fatos que pretende demonstrar com cada uma. O oferecimento de provas deverá indicar a forma, ocasião e termos em que deseja apresentá-las.
>
> 2. A Comissão, dentro dos trinta dias seguintes à comunicação desta resolução, deverá ratificar por escrito sua solicitação de prova já formulada, sem prejuízo de que possa modificar ou completar a já oferecida. Nesta ratificação deverá indicar os fatos que pretende demonstrar com cada uma das provas e a forma, ocasião e termos em que deseja apresentá-las. A Comissão poderá também ampliar ou modificar seu oferecimento de provas, com a maior brevidade, quando tenha tido conhecimento do escrito do Governo a que se refere o ponto 1 desta resolução.
>
> 3. Instruir, igualmente, o Presidente para que, sem prejuízo da decisão que seja procedente perante a Corte, resolva as questões incidentais que surgirem, admita ou recuse as provas já oferecidas ou as que venham a ser oferecidas, ordene a produção das provas documentais, periciais ou outras não testemunhais que acolha e, em consulta com as partes, convoque a audiência ou audiências sobre o mérito, nas quais serão incorporadas as provas recebidas, será recebida a declaração de testemunhas e peritos que forem do caso e se escutarão as conclusões finais.
>
> 4. Instruir o Presidente para que providencie com as autoridades respectivas as garantias necessárias de imunidade e participação dos representantes e assistentes das partes, testemunhas e peritos, assim como, se for o caso, dos delegados da Corte.

25. Mediante escrito de 20 de julho de 1987, a Comissão ratificou e ampliou sua solicitação de prova testemunhal e ofereceu prova documental.

26. O Governo apresentou seu memorial e prova documental sobre o caso em 27 de agosto de 1987. Nele solicitou declarar "sem lugar a demanda em face do Estado de Honduras em razão de não aceitar os fatos por não serem verdadeiros e por ainda não haver sido esgotado os trâmites de jurisdição interna do Estado de Honduras".

27. Por resolução de 1º de setembro de 1987, o Presidente admitiu a prova testemunhal e a documental oferecidas pela Comissão. Igualmente, por resolução de 14 de setembro de 1987, admitiu a prova documental oferecida pelo Governo.

28. De 30 de setembro a 7 de outubro de 1987, a Corte realizou audiências sobre o mérito do caso e escutou as conclusões das partes.

Compareceram perante a Corte

a) pelo Governo de Honduras:

Ing. Edgardo Sevilla Idiáquez, Agente

Advogado Ramón Pérez Zúñiga, Representante

Advogado Juan Arnaldo Hernández, Representante

Advogado Enrique Gómez, Representante

Advogado Rubén Darío Zepeda, Conselheiro

Advogado Ángel Augusto Morales, Conselheiro

Licenciada Olmeda Rivera, Conselheira

Licenciado Mario Alberto Fortín, Conselheiro

Advogado Ramón Rufino Mejía, Conselheiro

b) pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Dra. Gilda M. C. M. de Russomano, Presidenta, Delegada

Dr. Edmundo Vargas Carreño, Secretário Executivo, Delegado

Dr. Claudio Grossman, Conselheiro

Dr. Juan Méndez, Conselheiro

Dr. Hugo A. Muñoz, Conselheiro

Dr. José Miguel Vivanco, Conselheiro

c) Testemunhas apresentadas pela Comissão para declarar sobre "(s)e, entre os anos de 1981 e 1984, (período no qual desapareceu Manfredo Velásquez) ocorreram ou não em Honduras vários casos de pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas, tendo sido estas ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras e contando ao menos com a aquiescência do Governo hondurenho":

Miguel Ángel Pavón Salazar, Deputado Suplente

Ramón Custodio López, médico cirurgião

Virgilio Carías, economista

Inés Consuelo Murillo, estudante

Efraín Díaz Arrivillaga, Deputado

Florencio Caballero, ex-militar

d) Testemunhas apresentadas pela Comissão para declarar sobre "(s)e, entre os anos de 1981 e 1984, existiram ou não em Honduras recursos internos eficazes para proteger aquelas pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas em ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras":

Ramón Custodio López, médico cirurgião

Virgilio Carías, economista

Milton Jiménez Puerto, advogado

Inés Consuelo Murillo, estudante

René Velásquez Díaz, advogado

César Augusto Murillo, advogado

José Gonzalo Flores Trejo, sapateiro

e) Testemunhas apresentadas pela Comissão para declarar sobre fatos específicos relativos ao caso:

Leopoldo Aguilar Villalobos, publicitário

Zenaida Velásquez Rodríguez, assistente social.

f) As seguintes testemunhas oferecidas pela Comissão não compareceram a estas audiências:

Leónidas Torres Arias, ex-militar

Linda Drucker, jornalista

José María Palacios, advogado

Mauricio Villeda Bermúdez, advogado

José Isaías Vilorio, policial

29. Depois de ter escutado as testemunhas, a Corte, por decisão de 7 de outubro de 1987, solicitou as seguintes provas para melhor decidir:

A. Prova documental:

1. Solicitar ao Governo de Honduras que envie o organograma do Batalhão 316 e sua localização dentro das Forças Armadas de Honduras.

B. Prova testemunhal:

1. Intimar os senhores Marco Tulio Regalado e Alexander Hernández, integrantes das Forças Armadas de Honduras.

C. Reiteração de solicitação:

1. Ao Governo de Honduras, sobre o paradeiro de José Isaías Vilorio e, depois de localizado, citá-lo para que compareça perante a Corte.

30. Na mesma decisão, a Corte indicou o dia 15 de dezembro de 1987 como data limite para consignar a prova documental e a sessão de janeiro para receber a prova testemunhal.

31. Em relação à referida decisão, o Governo, por meio de nota de 14 de dezembro de 1987: a) solicitou, em relação ao organograma do Batalhão 316, que a Corte recebesse o Comandante do citado Batalhão em audiência privada, "por razões estritas de segurança do Estado de Honduras"; b) solicitou, no que se refere ao testemunho de Alexander Hernández e Marco Tulio Regalado, "por razões de segurança e em razão de ambos se encontrarem reformados junto às Forças Armadas de Honduras, que seu testemunho seja dado na República de Honduras na forma que (a) Corte determine, em audiência privada que oportunamente seja indicada"; e c) sobre o paradeiro de José Isaías Vilorio, informou que está "trabalhando como funcionário administrativo da Direção Nacional de Investigação (DNI), dependência da Força de Segurança Pública, na Cidade de Tegucigalpa".

32. Em nota de 24 de dezembro de 1987, a Comissão opôs-se a que o testemunho dos militares hondurenhos fosse recebido em audiências privadas, posição que foi reiterada mediante nota de 11 de janeiro de 1988.

33. A Corte, por resolução dessa última data, decidiu receber o testemunho dos militares hondurenhos em audiência privada em presença das partes.

34. De acordo com o disposto em seu auto de 7 de outubro de 1987 e na resolução de 11 de janeiro de 1988, a Corte, em audiência privada realizada em 20 de janeiro de 1988 à qual concorreram as partes, recebeu os testemunhos de pessoas que se identificaram como o Tenente-Coronel Alexander Hernández e o Tenente Marco Tulio Regalado Hernández. A Corte escutou, ademais, o Coronel Roberto Núñez Montes, Chefe dos Serviços de Inteligência de Honduras.

35. Em 22 de janeiro de 1988, o Governo apresentou um parecer do Colégio de Advogados de Honduras sobre os recursos legais de que se dispõe no sistema jurídico hondurenho em casos de desaparecidos, parecer que havia sido pedido pela Corte atendendo à solicitação do Governo de 26 de agosto de 1987.

36. A Corte recebeu em 7 de julho de 1988 um escrito no qual a Comissão, ao responder uma solicitação da Corte a respeito de outro caso em trâmite (Caso Fairén Garbi e Solís Corrales), fez algumas "observações finais" sobre o presente caso.

37. Mediante resolução de 14 de julho de 1988 o Presidente não conheceu essas "observações" por serem extemporâneas e porque, "(s)e reabrisse o procedimento, violar-se-ia o trâmite oportunamente disposto e, ademais, alterar-se-ia gravemente o equilíbrio e a igualdade processuais das partes".

38.As seguintes organizações não governamentais fizeram chegar escritos à Corte como *amici curiae*: *Amnesty International, Association of the Bar of the City of New York, Lawyers Committee for Human Rights* e *Minnesota Lawyers International Human Rights Committee*.

III

39. Mediante nota encaminhada ao Presidente em 4 de novembro de 1987, a Comissão solicitou à Corte, em razão das ameaças às testemunhas Milton Jiménez Puerto e Ramón Custodio López, adotar as medidas provisórias previstas no artigo 63.2 da Convenção. O Presidente, ao transmitir esta informação ao Governo, comunicou-lhe que "não conta, no momento, com suficientes elementos de juízo para ter certeza das pessoas ou entidades às quais se possam atribuir (as ameaças), mas sim deseja solicitar decididamente ao ilustre Governo de Honduras que tome todas as medidas necessárias para garantir aos senhores Jiménez e Custodio e ao Comitê para a Defesa dos Direitos Humanos em Honduras a segurança de suas vidas e propriedades(...)" e que, mediante prévia consulta com a Comissão Permanente da Corte, estava disposto, em caso de ser necessário, a requerer imediatamente a Corte uma reunião urgente "com o objeto de que tome as medidas pertinentes se a situação anormal continuar". Mediante comunicações de 11 e 18 de novembro de 1987, o Agente comunicou que seu Governo garantia, tanto ao Dr. Ramón Custodio López como ao Licenciado Milton Jiménez Puerto, "o respeito à sua integridade física e moral por parte do Estado de Honduras e o fiel cumprimento da Convenção(...)".

40. Em sua nota de 11 de janeiro de 1988, a Comissão informou à Corte sobre a morte, em 5 de janeiro de 1988, às 7:15 da manhã, do senhor Jorge Isaías Vilorio, cujo comparecimento como testemunha perante a Corte estava previsto para 18 de janeiro de 1988. Sua morte teria ocorrido "em plena via pública, na Colônia San Miguel, Comayaguela, Tegucigalpa, por um grupo de homens armados, que colocaram sobre seu corpo uma insígnia de um movimento guerrilheiro hondurenho, conhecido com o nome de *Cinchonero* e fugiram em um veículo a toda velocidade".

41. Em 15 de janeiro de 1988, a Corte teve conhecimento do assassinato, na véspera, em San Pedro Sula, de Moisés Landaverde e de Miguel Ángel Pavón Salazar, que haviam comparecido em 30 de setembro de 1987 para prestar testemunho neste caso. Nessa mesma data, a Corte emitiu medidas provisórias segundo o artigo 63.2 da Convenção, de acordo com as quais dispôs:

> 1. Instar o Governo de Honduras a que adote sem demora quantas medidas sejam necessárias para prevenir novos atentados contra os direitos fundamentais daqueles que compareceram ou foram intimados a comparecer perante esta Corte com motivo dos casos "Velásquez Rodríguez", "Fairén Garbi e Solís Corrales" e "Godínez Cruz", em escrupuloso cumprimento da obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos contraída em virtude do artigo 1.1 da Convenção.
>
> 2. Instar igualmente ao Governo de Honduras para que empregue todos os meios ao seu alcance para investigar esses repudiáveis crimes, identificar os culpados e aplicar-lhes as sanções previstas no direito interno hondurenho.

42. Depois de ter adotado a referida resolução, a Corte recebeu uma solicitação da Comissão, com data de 15 de janeiro de 1988, para que tomasse as medidas pertinentes para proteger a integridade e segurança das pessoas que compareceram ou que no futuro comparecerem perante a Corte.

43. Em 18 de janeiro de 1988, a Comissão solicitou, adicionalmente, à Corte a adoção das seguintes medidas provisórias complementares:

> 1. Que requeira ao Governo de Honduras que dentro de um prazo máximo de 15 dias informe à Ilustre Corte sobre as medidas concretas que adotou para proteger a integridade física das testemunhas que têm comparecido perante esta Corte, assim como das pessoas que de alguma maneira estão vinculadas a estes processos, como é o caso dos dirigentes de organizações de direitos humanos.
>
> 2. Que, dentro do mesmo prazo, o Governo de Honduras informe sobre as investigações judiciais iniciadas pelos assassinatos de José Isaías Vilorio, Miguel Ángel Pavón e Moisés Landaverde.
>
> 3. Que o Governo de Honduras, dentro do mesmo prazo, transmita a esta Corte as declarações públicas que tenha efetuado sobre os assassinatos anteriormente mencionados, com indicação dos órgãos de imprensa nos quais tais declarações apareceram.
>
> 4. Que, dentro do mesmo prazo de 15 dias, o Governo de Honduras informe à Ilustre Corte sobre as investigações judiciais que se tenham iniciado pelo delito de ação pública por ameaças em prejuízo das testemunhas neste julgamento, os senhores Ramón Custodio López e Milton Jiménez Puerto.
>
> 5. Que, igualmente, seja informado a esta Corte se foi ordenada proteção policial da integridade pessoal das testemunhas que compareceram, assim como dos imóveis do CODEH.
>
> 6. Que a Ilustre Corte solicite ao Governo de Honduras que lhe envie de maneira imediata cópia das autópsias e das perícias balísticas efetuadas no caso dos assassinatos dos senhores Vilorio, Pavón e Landaverde.

44. Nesse mesmo dia o Governo apresentou cópia da ata de reconhecimento do cadáver de José Isaías Vilorio e do laudo médico-forense do mesmo, ambos de 5 de janeiro de 1988.

45. Em 18 de janeiro de 1988, a Corte resolveu, por seis votos a um, ouvir as partes em audiência pública no dia seguinte sobre as medidas solicitadas pela Comissão. Depois da audiência mencionada, a Corte, através de uma resolução unânime, de 19 de janeiro de 1988, considerando "(o)s artigos 63.2, 33 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1 e 2 do Estatuto e 23 do Regulamento

da Corte, o caráter de órgão judicial da Corte e os poderes derivados desse caráter", adotou as seguintes medidas provisórias adicionais:

> 1. Requerer ao Governo de Honduras que, dentro de um prazo de duas semanas, contado a partir dessa data, informe a esta Corte sobre os seguintes pontos:
>
> a) Sobre as medidas que tenha adotado ou pretenda adotar dirigidas a proteger a integridade física e evitar danos irreparáveis às pessoas que se encontram vinculadas a estes processos, como as testemunhas que prestaram sua declaração ou aquelas que foram chamadas a prestá-la.
>
> b) Sobre as investigações judiciais realizadas ou as que devem iniciar em razão de ameaças contra as mesmas pessoas mencionadas anteriormente.
>
> c) Sobre as investigações dos assassinatos, incluindo os respectivos laudos médico-forenses, e as ações que se propõe exercer junto à administração de justiça de Honduras para que sancione os responsáveis.
>
> 2. Requerer ao Governo de Honduras que adote medidas concretas destinadas a esclarecer que o comparecimento individual perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas condições em que isso está autorizado pela Convenção Americana e pelas normas processuais de ambos os órgãos, constitui um direito de toda pessoa, reconhecido por Honduras como parte na mesma Convenção.

Esta resolução foi comunicada às partes em audiência.

46. Em atenção ao disposto pela Corte em sua resolução de 19 de janeiro de 1988, o Governo apresentou os seguintes documentos, em 3 de fevereiro de 1988:

> 1. Certidão emitida pelo Terceiro Juizado Criminal de Letras da Cidade de San Pedro Sula, Departamento de Cortés em 27 de janeiro de 1988 contendo o Laudo Médico emitido pelo Médico Forense Rolando Tábora desta Seção Judicial, referente à morte do professor Miguel Ángel Pavón Salazar.
>
> 2. Certidão emitida pelo mesmo Juizado de Letras na mesma data, contendo o Laudo do médico anteriormente mencionado da referida Seção Judicial, referente à morte do Professor Moisés Landeverde Recarte.
>
> 3. Certidão emitida pelo mencionado Juizado e na mesma data de 27 de janeiro de 1988 contendo a Declaração prestada em qualidade

> de testemunha pelo Doutor Rolando Tábora, Médico Forense, nas diligências iniciadas pelo referido Juizado para investigar a morte dos senhores Miguel Ángel Pavón e Moisés Landaverde Recarte.
>
> (...)
>
> 4. Certidão emitida pelo Primeiro Juizado Criminal de Letras, da cidade de Tegucigalpa, Distrito Central, emitida em 2 de fevereiro de 1988, correspondente às iniciativas daquele Juízo para investigar o delito de ameaças de morte em prejuízo do Doutor Ramón Custodio López e do Licenciado Milton Jiménez.

No mesmo escrito, o Governo diz que:

> Do conteúdo dos documentos antes mencionados fica estabelecido que o Governo de Honduras iniciou as diligências judiciais para investigar os assassinatos dos senhores Miguel Ángel Pavón Salazar e Moisés Landaverde Recarte, tudo de acordo com os procedimentos legais indicados na legislação hondurenha.
>
> Ademais, estabelece-se nos mesmos documentos que não se praticou a extração dos projéteis dos cadáveres dos falecidos para estudos balísticos posteriores, devido à oposição dos familiares, razão pela qual não se apresenta o laudo balístico requerido.

47. Igualmente, o Governo solicitou que se ampliasse o prazo estipulado na resolução mencionada, "já que por motivos justificados, não foi possível reunir parte da informação". A Secretaria, seguindo instruções do Presidente, comunicou ao Governo no dia seguinte que não era possível estender dito prazo por haver sido determinado pela Corte.

48. Mediante comunicação de 10 de março de 1988, a Comissão Interinstitucional de Direitos Humanos de Honduras, órgão governamental, teceu várias considerações a respeito da resolução da Corte de 15 de janeiro de 1988. Sobre "as ameaças de que foram objeto algumas das testemunhas", informou que o Dr. Custodio "negou-se a apresentar a denúncia perante os tribunais correspondentes como era o adequado. O Primeiro Juízo Criminal de Letras de Tegucigalpa, Departamento de Francisco Morazán, realizou diligências para investigar se existiam ameaças, intimidações, conspirações *etc*. para querer assassinar o Dr. Custodio e o Licenciado Milton Jiménez Puerto, sendo que para tanto foram intimadas testemunhas na forma legal e devida para que declarassem e apontassem a evidência que teriam em seu poder", sem que tivessem comparecido perante o Juízo citado. Acrescentou que nenhuma das autoridades hondurenhas "tratou de intimidar, ameaçar ou restringir a liberdade a nenhuma das pessoas que declararam perante a Corte (...) as quais estão gozando de todas suas garantias como os demais cidadãos".

49. Em 23 de março de 1988, o Governo remeteu os seguintes documentos:

1. Certidão do Secretário do Terceiro Juízo Criminal da Secretaria Judicial de San Pedro Sula referente às autópsias dos cadáveres de Miguel Ángel Pavón Salazar e Moisés Landaverde.

2. Laudo balístico dos estilhaços dos projéteis extraídos dos cadáveres das mesmas pessoas, assinado pelo Diretor do Departamento Médico Legal da Corte Suprema de Justiça.

IV

50. O Governo apresentou várias exceções preliminares que foram resolvidas pela Corte em sentença de 26 de junho de 1987 (16-23 *supra*). Nessa sentença, a Corte ordenou unir a exceção preliminar oposta por Honduras relativa ao não esgotamento dos recursos internos à questão de mérito e deu ao Governo e à Comissão uma nova oportunidade para "substanciar plenamente seus pontos de vista" sobre o particular (***Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares*****,** par. 90, 23 *supra*).

51. A Corte resolverá, em primeiro lugar, esta exceção pendente. Para isso, a Corte valer-se-á de todos os elementos de juízo à sua disposição, inclusive aqueles produzidos dentro do trâmite de mérito do caso.

52. A Comissão apresentou testemunhas e diversas provas documentais sobre este assunto. O Governo, por sua vez, submeteu algumas provas documentais, com exemplos de recursos de exibição pessoal tramitados com êxito em favor de diversas pessoas (120.c *infra*). O Governo afirmou também, a propósito deste recurso, que requer a identificação do lugar de detenção e a autoridade sob a qual se encontra o detido.

53. O Governo, ademais do recurso de exibição pessoal (ou *habeas corpus*), mencionou diversos recursos eventualmente utilizáveis, como os de apelação, cassação, extraordinário de amparo, *ad effectum videndi*, denúncias penais em face dos eventuais culpáveis e a declaratória de morte presumida.

54. O Colégio de Advogados de Honduras, em seu parecer (35 *supra*), menciona expressamente o recurso de exibição pessoal, contido na Lei de Amparo, e a denúncia perante um juízo competente, "para que este realize as investigações sobre o paradeiro do suposto desaparecido".

55. A Comissão sustentou que os recursos indicados pelo Governo não eram eficazes na situação interna do país durante aquela época. Apresentou documentação sobre três recursos de exibição pessoal interpostos em favor de Manfredo Velásquez que não produziram resultados. Mencionou, ademais, duas denúncias penais que não conduziram à identificação e sanção de eventuais responsáveis. Segundo a opinião da Comissão, essas instâncias esgotam os recursos internos nos termos previstos pelo artigo 46.1.a da Convenção.

56. A Corte considerará, em primeiro lugar, os aspectos jurídicos relevantes sobre a questão do esgotamento dos recursos da jurisdição interna e analisará posteriormente sua aplicação ao caso.

57. O artigo 46.1.a da Convenção dispõe que, para que uma petição ou comunicação apresentada à Comissão de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admissível, é necessário:

> que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.

58. Em seu inciso 2, o mesmo artigo dispõe que este requisito não se aplicará quando:

> a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
>
> b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
>
> c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

59. Em sua sentença de 26 de junho de 1987, a Corte decidiu, *inter alia*, que "o Estado que alega o não esgotamento tem o ônus de indicar os recursos internos que devem ser esgotados e sua efetividade" (***Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares*****,** par. 88, 23 *supra*).

60. A Corte não se estendeu além da conclusão citada no parágrafo anterior ao se referir ao tema do ônus da prova. Nesta oportunidade, a Corte considera conveniente precisar que, se um Estado que alega o não esgotamento prova a existência de determinados recursos internos que deveriam haver sido utilizados, corresponderá à parte contrária demonstrar que esses recursos foram esgotados ou que o caso enquadra-se entre as exceções do artigo 46.2. Não se deve rapidamente presumir que um Estado-Parte na Convenção descumpriu sua obrigação de proporcionar recursos internos eficazes.

61. A regra do prévio esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema em conformidade com seu direito interno antes de se ver enfrentado em um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos, por esta ser "coadjuvante ou complementar" à interna (Convenção Americana, Preâmbulo).

62. Proporcionar tais recursos é um dever jurídico dos Estados, como a Corte já indicou em sua sentença de 26 de junho de 1987, quando afirmou:

> A regra do prévio esgotamento dos recursos internos na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem certas implicações que estão presentes na Convenção. Com efeito, segundo ela, os Estados-Partes se obrigam a disponibilizar recursos judiciais efetivos às vítimas de violação dos direitos humanos (art. 25), recursos que devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (art. 8.1), tudo isso dentro da obrigação geral a cargo dos mesmos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (art. 1). (***Caso Velásquez Rodríguez, Exceções Preliminares***, par. 91, 23 *supra*).

63. O artigo 46.1.a da Convenção remete "aos princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos". Esses princípios não se referem somente à existência formal de tais recursos, mas também a que estes sejam adequados e efetivos, como resulta das exceções contempladas no artigo 46.2.

64. Que sejam adequados significa que a função desses recursos, dentro do sistema do direito interno, seja idônea para proteger a situação jurídica infringida. Em todos os ordenamentos internos existem múltiplos recursos, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. Se, num caso específico, o recurso não é adequado, é óbvio que não há que esgotá-lo. Assim indica o princípio de que a norma está encaminhada a produzir um efeito e não se pode interpretar no sentido de que não produza nenhum ou que seu resultado seja manifestamente absurdo ou irracional. Por exemplo, um procedimento da esfera civil, expressamente mencionado pelo Governo, como a presunção de morte por desaparecimento, cuja função é a de que os herdeiros possam dispor dos bens do suposto morto ou seu cônjuge possa voltar a se casar, não é adequado para encontrar a pessoa nem para conseguir sua liberação se estiver detida.

65. Dos recursos mencionados pelo Governo, a exibição pessoal, ou *habeas corpus,* seria, normalmente, o adequado para encontrar uma pessoa supostamente detida pelas autoridades, averiguar se esta é legal e, se for o caso, alcançar sua liberdade. Os outros recursos mencionados pelo Governo ou têm simplesmente o objeto de que se revise uma decisão dentro de um processo já começado (como os de apelação ou cassação), ou estão destinados a servir a outros propósitos. Mas, se o recurso de exibição pessoal exigisse, como o afirmou o Governo, identificar o lugar de detenção e a autoridade respectiva, não seria adequado para encontrar uma pessoa detida clandestinamente pelas autoridades do Estado, em razão de que nestes casos somente existe prova referencial da detenção e ignora-se o paradeiro da vítima.

66. Um recurso deve ser, ademais, eficaz, ou seja, capaz de produzir o resultado para o qual foi concebido. O de exibição pessoal pode tornar-se ineficaz se for subordinado a exigências processuais que o tornem inaplicável, se de fato carece de poder para obrigar as autoridades, se resulta perigoso para os interessados interpor este recurso ou não se aplica imparcialmente.

67. Em contrapartida, ao contrário do sustentado pela Comissão, o mero fato de que um recurso interno não produza um resultado favorável ao reclamante não demonstra, por si só, a inexistência ou o esgotamento de todos os recursos internos eficazes, pois poderia ocorrer, por exemplo, que o reclamante não houvesse acudido oportunamente ao procedimento apropriado.

68. O assunto toma outro aspecto, entretanto, quando se demonstra que os recursos são rechaçados sem chegar ao exame da validade dos mesmos, ou por razões fúteis, ou se se comprova a existência de uma prática ou política ordenada ou tolerada pelo poder público, cujo efeito é o de impedir a certos demandantes a utilização dos recursos internos que, normalmente, estariam ao alcance dos demais. Em tais casos, acudir a esses recursos converte-se em uma formalidade que carece de sentido. As exceções do artigo 46.2 seriam plenamente aplicáveis nestas situações e eximiriam da necessidade de esgotar recursos internos que, na prática, não podem alcançar seu objeto.

69. Para o Governo, os recursos da jurisdição hondurenha não se esgotam com o recurso de exibição pessoal porque há outros recursos de caráter ordinário e extraordinário, tais como os de apelação, de cassação e extraordinário de amparo, assim como o civil de presunção de morte. Ademais, o procedimento penal dá às partes a possibilidade de usar quantos meios de prova considerem pertinentes. Expressou o Governo, em relação aos casos de desaparecidos mencionados pela Comissão, que as respectivas diligências têm sido realizadas de ofício em alguns casos e por denúncia ou acusação em outros e que, enquanto não sejam identificados ou apreendidos os supostos responsáveis ou cúmplices dos delitos, o procedimento permanece aberto.

70. Em suas conclusões, o Governo expressou que, durante os anos de 1981 a 1984, foram outorgados vários recursos de exibição pessoal em Honduras, com o que seria provado que este recurso não foi ineficaz neste período. Fizeram-se acompanhar vários documentos a respeito.

71. A Comissão, por sua vez, manifestou que em Honduras houve uma prática de desaparecimentos que impossibilitava esgotar os recursos internos, pois não resultou o meio idôneo para corrigir os abusos que se imputavam às autoridades nem deram como resultado a aparição das pessoas sequestradas.

72. Afirmou a Comissão que nos casos de desaparecimentos o fato de haver tentado um *habeas corpus* ou um amparo sem êxito é suficiente para ter por esgotados os recursos da jurisdição interna se a pessoa detida continua sem aparecer, já que não há outro recurso mais apropriado para o caso. Precisou que no caso de Manfredo Velásquez foram tentados tanto recursos de exibição pessoal como denúncias penais

que não produziram resultado. Indicou que o esgotamento dos recursos internos não deve entender-se como a necessidade de efetuar, mecanicamente, trâmites formais, mas que deve analisar-se em cada caso a possibilidade razoável de obter o remédio.

73. Expressou a Comissão que, pela estrutura do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o ônus da prova em matéria de recursos internos corresponde ao Governo. A exceção da falta de esgotamento requer a existência de um recurso idôneo para remediar a violação. Afirmou que a denúncia penal não é idônea para encontrar o desaparecido, mas para dirimir responsabilidades individuais.

74. Dos autos disponíveis perante a Corte observa que foram interpostos os seguintes recursos em favor de Manfredo Velásquez:

> a) *Habeas corpus*
>
> i) Em 17 de setembro de 1981, interposto por Zenaida Velásquez, em face das forças de Segurança Pública. Não teve nenhum resultado.
>
> ii) Em 6 de fevereiro de 1982, interposto por Zenaida Velásquez. Não teve nenhum resultado.
>
> iii) Em 4 de julho de 1983, interposto por vários familiares de desaparecidos em favor de Manfredo Velásquez e de outras pessoas. Foi rechaçado em 11 de setembro de 1984.
>
> b) Denúncias penais
>
> i) Em 9 de novembro de 1982, interposta perante o Primeiro Juízo Criminal de Letras de Tegucigalpa por seu pai e sua irmã. Não teve nenhum resultado.
>
> ii) Em 5 de abril de 1984, interposta perante o Primeiro Juízo Criminal de Letras pela Sra. Gertrudis Lanza González, à qual se aderiu Zenaida Velásquez, contra vários membros das Forças Armadas. Esta causa foi encerrada definitivamente pelo Tribunal e logo confirmado o arquivamento pela Primeira Corte de Apelações, em 16 de janeiro de 1986, deixando-se aberto o processo em face do General Gustavo Álvarez Martínez, que foi declarado réu ausente (9 *supra*).

75. Ainda que o Governo não tenha discutido que os referidos recursos houvessem sido tentados, manifestou que a Comissão não deveria ter admitido a denúncia neste caso e, menos ainda, submetê-la ao conhecimento da Corte, por não terem se esgotado os recursos internos existentes na legislação hondurenha, já que não constam nos autos decisões definitivas que demonstrem o contrário. Expressou que o primeiro recurso de *habeas corpus* interposto foi declarado deserto porque não foi formalizado pela interessada; sobre o segundo e o terceiro, explicou que não se podem interpor mais recursos de exibição pessoal quando versem sobre a mesma matéria, os mesmos fatos e sejam fundamentados nas mesmas disposições

legais. Quanto às denúncias penais, o Governo expressou que não foram aportadas provas ao caso; que foram mencionadas presunções, mas que não foram aportadas provas e que, por essa razão, esses processos judiciais ainda continuam abertos nos tribunais de Honduras à espera de que sejam indicados especificamente os culpados. Expressou que, numa delas, decidiu-se pelo arquivamento por falta de prova em favor dos denunciados que se apresentaram em juízo, salvo o General Álvarez Martínez por estar ausente do país. Ademais, o Governo acrescentou que, ainda quando haja arquivamento, não estão esgotados os recursos, já que podem ser interpostos os recursos extraordinários de amparo, de revisão e de cassação e, no caso concreto, não é aplicável a prescrição, de maneira que o processo judicial ainda está aberto.

76. Nos autos (capítulo V, *infra*) encontram-se os testemunhos de membros da Assembleia Legislativa de Honduras, de advogados hondurenhos, de pessoas que, em algum momento, estiveram desaparecidas e de parentes dos desaparecidos, dirigidos a demonstrar que, na época em que ocorreram os fatos, os recursos judiciais existentes em Honduras não eram eficazes para obter a liberdade das vítimas de uma prática de desaparecimentos forçados ou involuntários de pessoas (doravante "desaparecimento" ou "desaparecimentos") disposta ou tolerada pelo poder público. Igualmente estão dezenas de recortes de jornal que aludem à mesma prática. De acordo com esses elementos de juízo, entre os anos de 1981 e 1984, mais de cem pessoas foram detidas ilegalmente, muitas jamais voltaram a aparecer e, em geral, não surtiam efeito os recursos legais que o Governo citou como disponíveis para as vítimas.

77. De tais provas resulta, igualmente, que houve casos de pessoas capturadas e detidas sem as formalidades da lei e que, posteriormente, reapareceram. Entretanto, em alguns destes casos, a reaparição não foi o resultado da interposição de algum dos recursos jurídicos que, segundo sustentou o Governo, teriam surtido efeito, mas de outras circunstâncias como, por exemplo, a intervenção de missões diplomáticas ou a ação de organismos de direitos humanos.

78. As provas aportadas demonstram que os advogados que interpuseram os recursos de exibição pessoal foram objeto de intimidação, que as pessoas encarregadas de executar estes recursos, com frequência, foram impedidas de ingressar ou inspecionar os lugares de detenção e que as eventuais denúncias penais contra autoridades militares ou policiais não avançaram por falta de impulso processual ou concluíram, sem maior trâmite, com a suspensão dos eventuais envolvidos.

79. O Governo teve a oportunidade de apresentar perante a Corte suas próprias testemunhas e de refutar as provas aportadas pela Comissão, mas não o fez. Se bem que é certo que os advogados do Governo rechaçaram alguns dos pontos sustentados pela Comissão não aportaram provas convincentes para sustentar seu rechaço. A Corte intimou para prestar depoimento alguns dos militares mencionados no curso do processo, mas suas declarações não contêm elementos que desvirtuem o acúmulo de provas apresentadas pela Comissão para demonstrar que as autoridades judiciais e do Ministério Público do país não atuaram com a devida diligência perante as alegações de desaparecimentos. Este caso é um daqueles nos quais ocorreu tal circunstância.

80. Com efeito, dos testemunhos e das demais provas aportadas e não desvirtuadas, conclui-se que, ainda se existissem em Honduras, durante a época de que aqui se fala, recursos legais que teriam, eventualmente, permitido encontrar uma pessoa detida pelas autoridades, tais recursos eram ineficazes, tanto porque a detenção era clandestina, como porque, na prática, tropeçavam com formalismos que os faziam inaplicáveis ou porque as autoridades contra as quais se propunham simplesmente os ignoravam ou porque advogados e juízes eram ameaçados e intimidados por aquelas.

81. À margem do fato de se existia ou não em Honduras, entre 1981 e 1984, uma política governamental que praticava ou tolerava o desaparecimento de determinadas pessoas, a Comissão demonstrou que, mesmo que tenham sido tentados recursos de exibição pessoal e ações penais, resultaram ineficazes ou meramente formais. As provas aportadas pela Comissão não foram desvirtuadas e são suficientes para rechaçar a exceção preliminar do Governo sobre inadmissibilidade da demanda pelo não esgotamento dos recursos internos.

V

82. A Comissão ofereceu prova testemunhal e documental para demonstrar que em Honduras, entre os anos de 1981 e 1984, ocorreram vários casos de pessoas que foram sequestradas, e que depois desapareceram, e que estas ações eram imputáveis às Forças Armadas de Honduras (doravante "Forças Armadas"), que contaram, pelo menos, com a tolerância do Governo. Testemunharam também sobre esta matéria, por decisão da Corte, três oficiais das Forças Armadas.

83. Várias testemunhas declararam que foram sequestradas, mantidas prisioneiras em prisões clandestinas e torturadas por elementos pertencentes às Forças Armadas (Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz e Leopoldo Aguilar Villalobos).

84. A testemunha Inés Consuelo Murillo declarou ter estado detida de forma clandestina por aproximadamente três meses. Segundo seu testemunho, foi capturada em 13 de março de 1983, junto com José Gonzalo Flores Trejo, com quem tinha um relacionamento casual, por alguns homens que desceram de um veículo, gritaram-lhe que eram da Migração e a espancaram com suas armas. Atrás havia outro veículo que apoiava a captura. Disse que foi vendada, amarrada e conduzida supostamente a San Pedro Sula, onde foi levada a um lugar clandestino de detenção, onde foi submetida a açoites, pancadas, esteve nua a maior parte do tempo, não lhe deram comida durante muitos dias, foi pendurada, sofreu choques elétricos, tentativas de asfixia, ameaças com armas, ameaças de queimaduras nos olhos, queimaduras nas pernas, perfurações da pele com agulhas, administração de drogas e abusos sexuais. Admitiu que no momento de ser detida portava uma identificação falsa, embora dez dias depois tenha se identificado com seu verdadeiro nome. Declarou que, 36 dias depois de sua detenção, foi transferida a uma instalação próxima a Tegucigalpa, onde percebeu a presença de oficiais militares (um deles o Subtenente Marco Tulio Regalado Hernández),

e viu papéis com timbre do exército e anéis de formatura das Forças Armadas. Esta testemunha acrescentou que, finalmente, reapareceu em poder da polícia e foi colocada à disposição dos tribunais, acusada de uns 20 delitos, mas não deixaram que seu advogado apresentasse prova e o julgamento não foi concluído (testemunho de Inés Consuelo Murillo).

85. Por sua vez, o Tenente Regalado Hernández manifestou que ele não tinha conhecimento do caso de Inés Consuelo Murillo, salvo o que leu na imprensa (testemunho de Marco Tulio Regalado Hernández).

86. O Governo manifestou que o fato de que a testemunha portasse identificação falsa impediu informar a seus familiares sobre sua detenção e, além disso, é indicativo de que não se dedicava a atividades lícitas, de maneira que se pode deduzir que não disse toda a verdade. Acrescentou que o declarado pela testemunha quanto a que seu relacionamento com José Gonzalo Flores Trejo era coincidência, não resulta crível porque é evidente que ambos estavam em atividades não enquadradas dentro da lei.

87. A testemunha José Gonzalo Flores Trejo manifestou que foi sequestrado junto com Inés Consuelo Murillo e conduzido com ela a uma casa localizada, supostamente, em San Pedro Sula, onde várias vezes o introduziram de cabeça numa pia de água até quase afogar-se, o mantiveram com os pés e as mãos amarrados e pendurado de maneira que só o estômago tocava o chão. Declarou, da mesma forma, que posteriormente, num lugar onde esteve detido próximo a Tegucigalpa, colocaram-lhe o capuz (é um método mediante o qual se coloca na cabeça da pessoa um forro fabricado com uma câmara de pneu de automóvel, que impede a respiração pela boca e pelo nariz) até quase asfixiar-se e deram-lhe choques elétricos. Afirmou que esteve preso por militares porque, quando lhe removeram a venda para tirar-lhe umas fotografias, viu um oficial do exército hondurenho e, numa oportunidade quando o levaram a tomar banho, viu as instalações de um quartel. Além disso, escutava-se um trompete, ouviam-se vozes de comando e soava um canhão (testemunho de José Gonzalo Flores Trejo).

88. O Governo argumentou que todo o declarado pela testemunha, de nacionalidade salvadorenha, não era crível porque pretendia fazer o Tribunal acreditar que seus encontros com Inés Consuelo Murillo eram coincidências e acrescentou que os dois estavam envolvidos em atividades ilícitas.

89. Virgilio Carías, que era Presidente do Partido Socialista de Honduras, relatou que foi sequestrado em 12 de setembro de 1981, em pleno dia, quando seu automóvel foi rodeado por 12 ou 13 pessoas que portavam pistolas, carabinas e fuzis automáticos. Declarou que foi levado a uma prisão clandestina, ameaçado e espancado e que durante quatro ou cinco dias esteve sem comer, sem tomar água e sem poder ir ao sanitário. No décimo dia de detenção, deram-lhe uma injeção num braço e jogaram-no amarrado na parte detrás de uma caminhonete. Posteriormente, foi colocado atravessado no lombo de uma mula, que foi colocada a caminhar pela montanha, perto da fronteira entre Honduras e Nicarágua, zona onde recuperou sua liberdade (testemunho de Virgilio Carías).

90. O Governo indicou que esta testemunha reconheceu expressamente que sua conduta é de oposição ao Governo de Honduras e que suas respostas foram imprecisas ou evasivas. Como a testemunha disse não poder identificar seus captores, considera que seu testemunho é de ouvir dizer e carece de valor como prova, já que os fatos não foram percebidos por seus próprios sentidos e só os conhece através de afirmações de outras pessoas.

91. Um advogado, que disse defender presos políticos, testemunhou que foi detido sem nenhuma formalidade legal no ano de 1982, pelos órgãos de segurança de Honduras. Esteve dez dias em poder deles numa prisão clandestina, sem que lhe formulassem acusações, foi submetido a pancadas e a torturas, até que o enviaram aos tribunais (testemunho de Milton Jiménez Puerto).

92. O Governo afirmou que a testemunha foi processada pelos delitos de atentar contra a segurança de Honduras e porte de armas nacionais (privativas das Forças Armadas) e, por isso, tem interesse direto em prejudicar Honduras com seu testemunho.

93. Outro advogado, que também disse defender detidos por razões políticas e referiu-se ao direito hondurenho, relatou que foi aprisionado, em pleno dia, em 1º de junho de 1982, por membros do Departamento de Investigações Especiais em Tegucigalpa, os quais o levaram vendado a um lugar que não pôde reconhecer, onde o mantiveram por quatro dias sem comer e sem tomar água. Foi espancado e insultado. Disse que conseguiu olhar através da venda e, assim, dar-se conta de que estava numa unidade militar (testemunho de René Velásquez Díaz).

94. O Governo sustentou que a testemunha incorreu em várias falsidades relacionadas ao direito vigente em Honduras e que sua declaração "carece de veracidade e eficácia, já que é parcial, e cuja virtude, ou interesse direto, é prejudicar o Estado de Honduras".

95. Sobre o número de pessoas desaparecidas durante o período de 1981 a 1984, a Corte recebeu testemunhos que indicam que as cifras variam entre 112 e 130. Um ex-militar testemunhou que, segundo uma lista existente nos arquivos do Batalhão 316, esse número poderia chegar a 140 ou 150 (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga e Florencio Caballero).

96. Com respeito à existência de uma unidade dentro das Forças Armadas dedicada aos desaparecimentos, a Corte recebeu o testemunho do Presidente do Comitê para a Defesa dos Direitos Humanos em Honduras, segundo o qual, no ano de 1980, funcionou um grupo chamado "*de los catorce*", sob o comando do Major Adolfo Díaz, adscrito ao Estado Maior das Forças Armadas; posteriormente aquele foi substituído pelo grupo denominado "*de los diez*", comandado pelo Capitão Alexander Hernández e, finalmente, apareceu o Batalhão 316, um corpo de operações especiais, com distintos grupos especializados em vigilância, sequestro, execução, controle de telefones *etc*. Sempre negou-se a existência deste corpo, até que foi mencionado num comunicado das Forças Armadas em setembro de 1986 (testemunho de Ramón Custodio López. Ver também testemunho de Florencio Caballero).

97. O atual Tenente Coronel Alexander Hernández negou ter participado do grupo "*de los diez*", de ter sido parte do Batalhão 316 e haver tido algum tipo de contato com o mesmo (testemunho de Alexander Hernández).

98. O atual Diretor de Inteligência de Honduras disse saber, por ser pessoa que tem acesso a todos os arquivos de seu departamento, que, no ano de 1984, foi criado um batalhão de inteligência que se denominou 316, cuja missão era proporcionar informação de combate às brigadas 101, 105 e 110. Acrescentou que este batalhão serviu inicialmente como uma unidade de escola, até que se criou a Escola de Inteligência à qual foram passando paulatinamente as funções de adestramento, e que, finalmente, foi dissolvido em setembro de 1987. Acrescentou que nunca existiu um chamado grupo "*de los catorce*" ou "*de los diez*" dentro das Forças Armadas ou de segurança (testemunho de Roberto Núñez Montes).

99. Segundo os testemunhos recebidos sobre o *modus operandi* da prática de desaparecimentos, os sequestros seguiram o mesmo padrão: eram usados automóveis com vidros polarizados (cujo uso requer uma permissão especial da Direção de Trânsito), sem placas ou com placas falsas e os sequestradores algumas vezes usavam vestimentas especiais, perucas, bigodes postiços, rosto coberto *etc*. Os sequestros eram seletivos. As pessoas eram inicialmente vigiadas e, depois, planejava-se o sequestro, para o qual se usavam micro-ônibus ou carros fechados. Algumas vezes eram sequestradas no domicílio, outras na via pública. Num caso em que interveio um carro patrulha e interceptou os sequestradores, estes se identificaram como membros de um corpo especial das Forças Armadas, e tiveram permissão para ir embora com o sequestrado (testemunho de Ramón Custodio López, Miguel Angel Pavón Salazar, Efraín Díaz Arrivillaga e Florencio Caballero).

100. Um ex-integrante das Forças Armadas, que disse ter pertencido à unidade militar que depois se organizou como Batalhão 316, encarregado de realizar os sequestros, e de ter participado pessoalmente em alguns destes, afirmou que o ponto de partida era a ordem dada pelo chefe da unidade para investigar, vigiar e seguir uma pessoa. Segundo a testemunha, caso fosse decidido continuar o procedimento, era executado o sequestro com pessoal vestido em trajes civis que usava pseudônimos, disfarçado e que ia armado. Contavam para esse fim com quatro veículos "*pick-up*" marca Toyota de cabine dupla, sem marcas policiais, dois dos quais tinham vidros polarizados (testemunho de Florencio Caballero. Ver também testemunho de Virgilio Carías).

101. O Governo impugnou, nos termos do artigo 37 do Regulamento, o testemunho Florencio Caballero por haver desertado do Exército e violado o juramento como militar. Mediante resolução de 6 de outubro de 1987, a Corte rechaçou por unanimidade a impugnação, reservando-se o direito de apreciar essa declaração.

102. O atual Diretor de Inteligência das Forças Armadas afirmou que as unidades de inteligência não realizam detenções porque "se queimam" (ficam a descoberto), nem utilizam automóveis sem placas, nem usam pseudônimos. Acrescentou que Florencio Caballero nunca trabalhou nos serviços de inteligência e que foi motorista do Quartel-General do Exército em Tegucigalpa (testemunho de Roberto Núñez Montes).

103. O ex-integrante das Forças Armadas afirmou a existência de prisões clandestinas e de lugares especialmente selecionados para enterrar as pessoas que eram executadas. Também afirmou que, dentro de sua unidade, havia um grupo torturador e outro de interrogatório, ao qual ele pertenceu. O grupo torturador aplicava choques elétricos, o barril de água e o capuz. Os sequestrados eram mantidos nus, sem comer e lhes jogavam água gelada. Acrescentou que os escolhidos para serem executados eram entregues a um grupo de ex-prisioneiros, retirados da prisão para realizar essa tarefa, para a qual no início utilizavam armas de fogo e depois punhais e facões (testemunho de Florencio Caballero).

104. O atual Diretor de Inteligência negou que as Forças Armadas tenham prisões clandestinas, já que esse não é seu *modus operandi*, mas, ao contrário, o dos elementos subversivos que as denominam "prisões do povo". Acrescentou que um serviço de inteligência não se dedica à eliminação física ou aos desaparecimentos, mas a obter informação e processá-la, para que os órgãos de decisão de mais alto nível do país tomem as resoluções apropriadas (testemunho de Roberto Núñez Montes).

105. Um oficial hondurenho, chamado a comparecer perante a Corte, disse que a um detido não se pode forçar violenta ou psicologicamente para que preste a informação requerida, porque isso está proibido (testemunho de Marco Tulio Regalado Hernández).

106. Num grande número de recortes de jornais hondurenhos dessa época, aportados ao expediente pela Comissão, informa-se dos casos de desaparecimento de pelo menos 64 pessoas, aparentemente por razões ideológicas, políticas ou sindicais. Seis destas pessoas, que apareceram depois, queixaram-se de ter sofrido tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Nestes recortes fala-se da existência de diversos cemitérios clandestinos, nos quais apareceram 17 cadáveres.

107. Segundo o depoimento de sua irmã, testemunhas presenciais do sequestro de Manfredo Velásquez informaram-lhe que ele foi capturado em 12 de setembro de 1981, entre 16:30 e 17:00 horas, num estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, por sete homens fortemente armados, vestidos com trajes civis (um deles o Sargento Primeiro José Isaías Vilorio), que usaram um veículo marca Ford, branco, sem placas (testemunho de Zenaida Velásquez. Ver também o testemunho de Ramón Custodio López).

108. A mesma testemunha informou à Corte que o Coronel Leónidas Torres Arias, que havia sido chefe da inteligência militar hondurenha, disse, numa conferência de imprensa no México, que Manfredo Velásquez foi desaparecido por um esquadrão especial, sob o comando do Capitão Alexander Hernández, cumprindo ordens diretas do General Gustavo Álvarez Martínez (testemunho de Zenaida Velásquez).

109. O oficial Hernández afirmou que jamais recebeu nenhuma ordem para deter Manfredo Velásquez e que tampouco trabalhou na área operativa policial (testemunho de Alexander Hernández).

110. O Governo impugnou, com base no artigo 37 do Regulamento, o testemunho de Zenaida Velásquez por ser irmã da suposta vítima, o que, em sua opinião, a faz ter interesse direto no resultado do julgamento.

111. A Corte, por unanimidade, rejeitou a impugnação formulada, porque considerou que a circunstância de que a testemunha fosse irmã da vítima não bastava para inabilitá-la, reservando-se o direito de apreciar essa declaração.

112. O Governo argumentou que as declarações da testemunha são irrelevantes, já que as mesmas não se reduzem ao fato investigado pela Corte e o que expressou sobre o sequestro de seu irmão não lhe consta pessoalmente, mas sim por ter escutado.

113. O ex-integrante das Forças Armadas, que disse pertencer ao grupo que praticava sequestros, manifestou à Corte que, mesmo que ele não tenha intervindo no sequestro de Manfredo Velásquez, o Tenente Flores Murillo comentou-lhe como havia ocorrido. Foi sequestrado, segundo este testemunho, no centro de Tegucigalpa numa operação em que participou o Sargento José Isaías Vilorio, uns senhores de pseudônimos Ezequiel e Titanio e o mesmo Tenente Flores Murillo. O Tenente relatou-lhe que Ezequiel disparou a arma e feriu a Manfredo numa perna, já que houve briga; o sequestrado foi levado à INDUMIL (Indústrias Militares) e torturado; prontamente trasladado em mãos dos executores os quais, por ordem do General Álvarez, Chefe das Forças Armadas, levaram-no de Tegucigalpa e o mataram com punhal e facão. Seu corpo foi desmembrado e os restos enterrados em diferentes lugares (testemunho de Florencio Caballero).

114. O atual Diretor do Serviço de Inteligência manifestou que José Isaías Vilorio foi arquivista da DNI. Disse não conhecer o Tenente Flores Murillo e afirmou que a INDUMIL nunca serviu como centro de detenção (testemunho de Roberto Núñez Montes).

115. Uma testemunha afirmou que foi presa em 29 de setembro de 1981, por cinco ou seis elementos que se identificaram como membros das Forças Armadas, os quais a trasladaram aos escritórios da DNI. Dali foi levada vendada num carro a um lugar desconhecido onde foi torturada. Em 1º de outubro de 1981, enquanto estava detida, através do buraco de uma fechadura faltante na porta para um quarto vizinho, a chamou uma voz queixosa e dolorida, que lhe disse que era Manfredo Velásquez e pediu-lhe ajuda. Segundo seu testemunho, nesse momento entrou o Tenente Ramón Mejía, que ao vê-la de pé a golpeou, ainda que tenha dito que havia levantado por estar cansada. Acrescentou que, posteriormente, o Sargento Carlos Alfredo Martínez, com quem fez amizade no bar no qual a testemunha trabalhava, disse-lhe que haviam entregado Manfredo Velásquez aos agentes do Batalhão 316 (testemunho de Leopoldo Aguilar Villalobos).

116. O Governo afirmou que a declaração desta testemunha "não merece inteira fé porque há pormenores que não devem desconsiderar-se, como é o fato de haver dito que unicamente uma vez havia sido detido, no ano de 1981, por dedicar-se ao tráfico de armas e ao sequestro de um avião, quando a verdade é que foi detido em várias oportunidades pela polícia hondurenha por seus antecedentes nada recomendáveis".

117. A Comissão também ofereceu prova para demonstrar que em Honduras, entre os anos de 1981 e 1984, os recursos judiciais internos foram ineficazes para

proteger os direitos humanos, especialmente os direitos à vida, à liberdade e à integridade pessoal dos desaparecidos.

118. A Corte recebeu o testemunho de pessoas, segundo cujas declarações:

> a) Os mecanismos legais em Honduras não funcionaram para averiguar o paradeiro e assegurar o respeito à integridade física e moral dos detidos. No caso dos recursos de exibição pessoal ou *habeas corpus* interpostos, os tribunais foram lentos em nomear os juízes os quais, uma vez nomeados, eram frequentemente desatendidos pelas autoridades de polícia quando se apresentavam perante eles. Em várias oportunidades, as autoridades negaram as capturas, ainda nos casos em que os prisioneiros depois reapareceram. Não havia ordens judiciais para as detenções e não se sabia onde estava o detido. Quando os recursos de exibição pessoal se formalizavam, as autoridades de polícia não exibiam os detidos (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Milton Jiménez Puerto e Efraín Díaz Arrivillaga).
>
> b) Os juízes nomeados pelos Tribunais de Justiça não gozavam de todas as garantias e sentiam temor por represálias que poderiam ocorrer contra eles, porque em muitas ocasiões foram objeto de ameaças e, mais de uma vez, presos. Houve casos de juízes maltratados fisicamente pelas autoridades. Professores de Direito e advogados que se dedicavam a defender presos políticos sofreram prisões para que não atuassem em casos de violações aos direitos humanos. Somente dois atreveram-se a interpor recursos de exibição pessoal em favor dos desaparecidos e um deles foi detido enquanto tramitava um recurso (testemunhos de Milton Jiménez Puerto, Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, César Augusto Murillo, René Velásquez Díaz e Zenaida Velásquez).
>
> c) Não se conhece nenhum caso, entre os anos de 1981 a 1984, em que um recurso de exibição pessoal interposto em favor de detidos clandestinamente houvesse dado resultado. Se alguns apareceram, não o foram como consequência de tais recursos (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Inés Consuelo Murillo, César Augusto Murillo, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz e Virgilio Carías).

VI

119. Os testemunhos e documentos, corroborados em recortes de jornal, apresentados pela Comissão tendem a demonstrar:

> a) A existência em Honduras, durante os anos de 1981 a 1984, de uma prática sistemática e seletiva de desaparecimentos, ao amparo ou com a tolerância do poder público;
>
> b) Que Manfredo Velásquez foi vítima dessa prática e sequestrado, presumivelmente torturado, executado e sepultado de forma clandestina, por agentes das Forças Armadas de Honduras; e
>
> c) Que na época em que tais fatos ocorreram, os recursos legais disponíveis em Honduras não foram idôneos nem eficazes para garantir seus direitos à vida e à liberdade e à integridade pessoais.

120. O Governo, por sua vez, aportou documentos e fundou alegações sobre os testemunhos de três militares hondurenhos, dois deles intimados pela Corte por terem sido mencionados no processo como diretamente vinculados à prática geral referida e ao desaparecimento de Manfredo Velásquez. Estas provas estão dirigidas:

> a) Os testemunhos, a explicar a organização e funcionamento dos corpos de segurança aos quais se atribui a imediata execução dos fatos e a negar todo conhecimento ou vinculação pessoais dos declarantes neles;
>
> b) Alguns documentos, a demonstrar a inexistência de demandas civis de presunção de morte por desaparecimento de Manfredo Velásquez; e
>
> c) Outros documentos, a provar como vários recursos de exibição pessoal foram admitidos e acolhidos pela Corte Suprema de Justiça hondurenha e, em alguns casos, produziram a liberação das pessoas em cujo favor foram apresentados.

121. Não aparecem nos autos outras provas diretas como perícias, inspeções ou relatórios.

VII

122. Antes de examinar as provas recebidas, a Corte deve começar por precisar algumas questões relacionadas ao ônus da prova e aos critérios gerais que orientam sua valoração e a determinação dos fatos provados no presente juízo.

123. Dado que a Comissão é quem demanda o Governo pelo desaparecimento de Manfredo Velásquez, a ela corresponde, em princípio, o ônus da prova dos fatos em que sua demanda é fundamentada.

124. O argumento da Comissão baseia-se em que uma política de desaparecimentos, auspiciada ou tolerada pelo Governo, tem como verdadeiro

propósito o encobrimento e a destruição da prova relativa aos desaparecimentos dos indivíduos objeto da mesma. Quando a existência de tal prática ou política haja sido provada, é possível, quer seja mediante prova circunstancial ou indireta, ou ambas, ou por inferências lógicas pertinentes, demonstrar o desaparecimento de um indivíduo concreto, que de outro modo seria impossível pela vinculação que esta última tenha com a prática geral.

125. O Governo não objetou o enfoque proposto pela Comissão. Entretanto, argumentou que não foi provada a existência de uma prática de desaparecimentos em Honduras nem a participação de autoridades hondurenhas no suposto desaparecimento de Manfredo Velásquez.

126. A Corte não encontra nenhuma razão para considerar inadmissível o enfoque adotado pela Comissão. Se se pode demonstrar que existiu uma prática governamental de desaparecimentos em Honduras realizada pelo Governo ou pelo menos tolerada por ele, e se o desaparecimento de Manfredo Velásquez pode se vincular a ela, as denúncias feitas pela Comissão teriam sido provadas perante a Corte, sempre e quando os elementos de prova aduzidos em ambos os pontos cumpram os critérios de apreciação requeridos em casos deste tipo.

127. A Corte deve determinar quais devem ser os critérios de apreciação das provas aplicáveis neste caso. Nem a Convenção nem o Estatuto da Corte ou seu Regulamento tratam desta matéria. Entretanto, a jurisprudência internacional tem sustentado a faculdade dos tribunais para apreciar livremente as provas, ainda que tenha evitado sempre realizar uma rígida determinação do *quantum* de prova necessário para fundar a decisão (*cf.* ***Corfu Channel****, Merits, Judgment I.C.J. Reports* 1949*;* ***Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*** *(****Nicaragua v. United States of America****), Merits, Judgment, I.C.J. Reports* 1986, pars. 29-30 e 59-60).

128. Para um tribunal internacional, os critérios de apreciação da prova são menos formais que nos sistemas legais internos. Quanto ao requerimento de prova, esses mesmos sistemas reconhecem graduações diferentes que dependem da natureza, caráter e gravidade do litígio.

129. A Corte não pode ignorar a gravidade especial que tem a atribuição, a um Estado-Parte, na Convenção, da acusação de ter executado ou tolerado em seu território uma prática de desaparecimentos. Isso obriga a Corte a aplicar uma apreciação da prova que tenha em conta este extremo e que, sem prejuízo do já dito, seja capaz de criar a convicção sobre a verdade dos fatos alegados.

130. A prática dos tribunais internacionais e internos demonstra que a prova direta, seja testemunhal ou documental, não é a única que pode legitimamente considerar-se para fundamentar a sentença. A prova circunstancial, os indícios e as presunções podem ser utilizadas, sempre que deles possam inferir-se conclusões consistentes sobre os fatos.

131. A prova indiciária ou presuntiva possui especial importância quando se trata de denúncias sobre o desaparecimento, já que esta forma de repressão se

caracteriza por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar o sequestro, o paradeiro e o destino das vítimas.

132. O procedimento perante a Corte, como tribunal internacional, apresenta particularidades e caráter próprios, de modo que não lhe são aplicáveis, automaticamente, todos os elementos dos processos perante tribunais internos.

133. Isto que é válido, em geral, nos processos internacionais, o é ainda mais nos referentes à proteção dos direitos humanos.

134. Com efeito, a proteção internacional dos direitos humanos não se deve confundir com a justiça penal. Os Estados não comparecem perante a Corte como sujeitos de ação penal. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não tem por objeto impor penas às pessoas culpadas por suas violações, mas amparar as vítimas e dispor a reparação dos danos que lhes tenham sido causados pelos Estados responsáveis por tais ações.

135. À diferença do Direito Penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não se podem obter sem a cooperação do Estado.

136. É o Estado que tem o controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro de seu território. A Comissão, ainda que tenha faculdades para realizar investigações, na prática depende, para poder efetuá-las dentro da jurisdição do Estado, da cooperação e dos meios que lhe proporcione o Governo.

137. Já que o Governo somente apresentou algumas provas documentais relacionadas com suas objeções preliminares, mas não sobre o mérito, a Corte deve estabelecer suas conclusões prescindindo do valioso auxílio de uma participação mais ativa de Honduras, que lhe teria significado, ademais, prover adequadamente a sua defesa.

138. A forma em que a defesa tem sido conduzida teria sido suficiente para que muitos dos fatos afirmados pela Comissão tivessem sido considerados, validamente, por certos, sem mais, em virtude do princípio de que, salvo na matéria penal – que não tem a ver com o presente caso, como já se disse (134-135 *supra*) –, o silêncio do demandado ou sua contestação elusiva ou ambígua podem se interpretar como aceitação dos fatos da demanda, pelo menos enquanto o contrário não apareça dos autos ou não resulte da convicção judicial. A Corte, entretanto, tratou de suprir essas deficiências processuais admitindo todas as provas que lhe foram propostas, ainda que em forma extemporânea, e ordenando de ofício algumas outras. Isto, certamente, sem renunciar a seus poderes discricionários para apreciar o silêncio ou a inércia de Honduras nem a seu dever de apreciar a totalidade dos fatos.

139. A Comissão, sem prejuízo de haver utilizado outros elementos de prova, aplicou, no trâmite perante si, o artigo 42 de seu Regulamento, que diz:

> Presumir-se-ão verdadeiros os fatos relatados na petição e cujas partes pertinentes hajam sido transmitidas ao Governo do Estado aludido, se no prazo máximo fixado pela Comissão, de conformidade com o artigo 34, parágrafo 5º, o referido Governo não proporcionar a informação respectiva, desde que, de outros elementos de convicção, não resulte conclusão diversa.

Mas, como a aplicação desta presunção legal que teve lugar no trâmite perante a Comissão não foi discutida no processo e o Governo, por sua vez, participou plenamente no mesmo, é irrelevante tratá-la aqui.

VIII

140. No presente caso, a Corte considerou bons os documentos apresentados pela Comissão e por Honduras, máxime quando não foram controvertidos nem objetados, nem sua autenticidade ou veracidade colocada em dúvida.

141. A respeito dos testemunhos apresentados pela Comissão, no curso das audiências, o Governo impugnou testemunhas com base no artigo 37 do Regulamento. Na resolução de 6 de outubro de 1987, mediante a qual se rejeitou uma impugnação, a Corte afirmou o seguinte:

> (...)
>
> b)Que a impugnação estabelecida refere-se, ao contrário, a circunstâncias que o Governo indica, nas quais seu testemunho (o da testemunha impugnada) poderia não ser objetivo.
>
> c) Que corresponde à Corte, ao proferir sentença, definir sobre o valor que tenha uma prova apresentada perante si.
>
> d) Que são os fatos apreciados pela Corte e não os meios utilizados para prová-los, dentro de um processo, os que podem levar a estabelecer se há uma violação dos direitos humanos contidos na Convenção.
>
> (...)
>
> f) Que é responsabilidade das partes, no curso do processo, demonstrar que o afirmado por uma testemunha não corresponde à verdade.

142. Nos contrainterrogatórios, os advogados do Governo pretenderam indicar a eventual falta de objetividade de algumas testemunhas por razões ideológicas, de origem ou nacionalidade, ou de parentesco ou atribuindo-lhes interesse em prejudicar Honduras, chegando, inclusive, a insinuar que testemunhar nestes processos contra o Estado poderia constituir uma deslealdade para seu país. Igualmente, invocou-se a circunstância de que algumas testemunhas tiveram antecedentes penais ou foram

submetidos a julgamento como fundamento de sua falta de idoneidade para comparecer perante a Corte (86, 88, 90, 92, 101, 110 e 116 *supra*).

143. Algumas circunstâncias podem, certamente, condicionar o apego à verdade de uma testemunha. O Governo, entretanto, não demonstrou com fatos concretos que as testemunhas tivessem faltado à verdade, mas se limitou a fazer observações de caráter geral sobre a suposta falta de idoneidade ou imparcialidade dos mesmos, que não são suficientes para desvirtuar testemunhos coincidentes e contestes no fundamental, pelo qual o julgador não pode descartá-los.

144. Por outro lado, alguns dos comentários do Governo carecem de fundamentação no âmbito da proteção dos direitos humanos. Não é admissível que se insinue que as pessoas que, por qualquer título, acodem ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos estejam incorrendo em deslealdade a seu país, nem que se possa extrair deste fato qualquer sanção ou consequência negativa. Os direitos humanos representam valores superiores que "não nascem do fato de ser nacional de determinado Estado, mas que têm como fundamento os atributos da pessoa humana" (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Considerando e Convenção Americana, Preâmbulo).

145. Tampouco é sustentável que a circunstância de ter antecedentes penais ou processos pendentes seja, por si só, suficiente para negar a idoneidade das testemunhas para depor perante a Corte. Tal como decidiu a Corte no presente caso, por meio de resolução de 6 de outubro de 1987:

> (é) contraditório, dentro da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, negar, *a priori,* uma testemunha, por ser processada ou inclusive condenada na ordem interna, a possibilidade de declarar sobre fatos matéria de um processo submetido à Corte, inclusive se tal processo se refere a matérias que a afetem.

146. A um grande número de recortes de jornal aportados pela Comissão não pode ser dado o caráter de prova documental propriamente dita. Muitos deles, entretanto, constituem a manifestação de fatos públicos e notórios que, como tais, não requerem em si mesmos de prova; outros têm valor, como tem sido reconhecido pela jurisprudência internacional (***Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*****,** pars. 62-64, 127 *supra*), na medida em que reproduzem textualmente declarações públicas, especialmente de altos funcionários das Forças Armadas, do Governo ou da própria Corte Suprema de Justiça de Honduras, como algumas emanadas do Presidente desta última; finalmente, outros têm importância em seu conjunto na medida em que corroboram os testemunhos recebidos no processo a respeito dos desaparecimentos e a atribuição desses fatos às autoridades militares ou policiais deste país.

IX

147. A Corte determinará os fatos relevantes que considera provados, a saber:

a) Que na República de Honduras, durante os anos de 1981 a 1984, um número de pessoas, entre 100 e 150, desapareceu sem que de muitas delas se tenha voltado a ter notícia alguma (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero e recortes de jornal).

b) Que tais desaparecimentos tinham um padrão muito similar, que se iniciava mediante o sequestro violento das vítimas, muitas vezes à luz do dia e em lugares povoados, por parte de homens armados, vestidos em trajes civis e disfarçados, que atuavam com aparente impunidade, em veículos sem identificação oficial e com vidros polarizados, sem placas ou com placas falsas (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero e recortes de jornal).

c) Que a população considerava como um fato público e notório que os sequestros eram perpetrados por agentes militares, ou por policiais ou por pessoal sob seu comando (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero e recortes de jornal).

d) Que os desaparecimentos eram realizados através de uma prática sistemática, da qual a Corte considera especialmente relevantes as seguintes circunstâncias:

i) As vítimas eram geralmente pessoas consideradas pelas autoridades hondurenhas como perigosas para a segurança do Estado (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Zenaida Velásquez, César Augusto Murillo e recortes de jornal). Além disso, usualmente as vítimas haviam estado submetidas à vigilância e acompanhamento por períodos mais ou menos prolongados (testemunhos de Ramón Custodio López e Florencio Caballero);

ii) As armas empregadas eram de uso reservado às autoridades militares e de polícia e eram utilizados veículos com vidros polarizados, cujo uso requer uma autorização oficial especial. Em algumas oportunidades, as detenções foram realizadas por agentes da ordem pública, sem dissimulação nem disfarce; em outras, estes haviam previamente preparado os lugares onde se executariam os sequestros e, ao menos em uma ocasião,

os sequestradores, ao serem detidos por agentes da ordem pública, continuaram livremente seu caminho ao identificar-se como autoridades (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López e Florencio Caballero);

iii) As pessoas sequestradas eram vendadas, levadas a lugares secretos e irregulares de detenção e transferidas de um a outro. Eram interrogadas e submetidas a humilhações, crueldades e torturas. Algumas delas foram finalmente assassinadas e seus corpos enterrados em cemitérios clandestinos (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Florencio Caballero, René Velásquez Díaz, Inés Consuelo Murillo e José Gonzalo Flores Trejo);

iv) As autoridades negavam sistematicamente o próprio fato da detenção, o paradeiro e o destino das vítimas, tanto a seus parentes, advogados e pessoas ou entidades interessadas na defesa dos direitos humanos, como aos juízes em recursos de exibição pessoal. Essa atitude ocorreu, inclusive, em casos de pessoas que depois reapareceram em mãos das mesmas autoridades que, sistematicamente, haviam negado tê-las em seu poder ou conhecer seu destino (testemunhos de Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Zenaida Velásquez e César Augusto Murillo, assim como recortes de jornal);

v) Tanto as autoridades militares e de polícia como o Governo e o Poder Judiciário se negavam ou eram incapazes de prevenir, investigar e sancionar os fatos e de auxiliar quem se interessava em averiguar o paradeiro e o destino das vítimas ou de seus restos. Quando foram criadas comissões investigadoras do Governo ou das Forças Armadas, não conduziram a nenhum resultado. As causas judiciais propostas foram tramitadas com evidente lentidão e desinteresse e algumas delas finalmente foram encerradas (testemunhos de Inés Consuelo Murillo, José Gonzalo Flores Trejo, Efraín Díaz Arrivillaga, Florencio Caballero, Virgilio Carías, Milton Jiménez Puerto, René Velásquez Díaz, Zenaida Velásquez e César Augusto Murillo, assim como recortes de jornal);

e) Que Manfredo Velásquez desapareceu em 12 de setembro de 1981, entre 16:30 e 17:00 horas, em um estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, sequestrado por vários homens fortemente armados, vestidos em trajes civis, que utilizaram um veículo marca Ford de cor branca, sem placas e que hoje, quase

sete anos depois, continua desaparecido, de maneira que se pode supor, razoavelmente, que está morto (testemunhos de Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos e recortes de jornal).

f) Que esse sequestro foi realizado por pessoas vinculadas às Forças Armadas ou sob sua direção (testemunhos de Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos e recortes de jornal).

g) Que o sequestro e desaparecimento de Manfredo Velásquez correspondem ao contexto da prática de desaparecimentos a que se referem os fatos que se consideram provados nas alíneas *a*) a *d*). Com efeito:

i) Manfredo Velásquez era um estudante que realizava atividades consideradas pelas autoridades como "perigosas" para a segurança do Estado (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López e Zenaida Velásquez).

ii) O sequestro de Manfredo Velásquez foi praticado em plena luz do dia, por homens vestidos em trajes civis que utilizaram um veículo sem placas.

iii) No caso de Manfredo Velásquez foram produzidas as mesmas negativas por parte de seus captores e das autoridades das Forças Armadas, as mesmas omissões destas e do Governo em investigar e dar conta de seu paradeiro, e a mesma ineficácia dos tribunais de justiça perante os quais foram interpostos três recursos de exibição pessoal e duas denúncias penais (testemunhos de Miguel Ángel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, recortes de jornal e documentos).

h) Que não aparece nos autos prova alguma de que Manfredo Velásquez tivesse se unido a grupos subversivos, salvo uma carta do Prefeito de Langue, segundo a qual se rumorejava que andaria com grupos subversivos. Essa versão não foi complementada com nenhum outro elemento probatório pelo Governo, o que, longe de demonstrar a veracidade desse suposto boato, ao contrário, indica que era considerado vinculado a atividades julgadas perigosas para a segurança do Estado. Tampouco há prova de que tivesse sido sequestrado por obra de delinquentes comuns ou de outras pessoas desvinculadas da prática de desaparecimentos então vigente.

148. Por todo o anterior, a Corte conclui que foram provadas no processo: 1) a existência de uma prática de desaparecimentos realizada ou tolerada pelas

autoridades hondurenhas entre os anos de 1981 a 1984; 2) o desaparecimento de Manfredo Velásquez por obra ou com a tolerância dessas autoridades dentro do contexto dessa prática; e 3) a omissão do Governo na garantia dos direitos humanos afetados por tal prática.

X

149. Na história da violação dos direitos humanos, os desaparecimentos não são uma novidade. Mas seu caráter sistemático e reiterado, sua utilização como uma técnica destinada a produzir não só o desaparecimento, momentâneo ou permanente de determinadas pessoas, como também um estado generalizado de angústia, insegurança e temor é relativamente recente. Mesmo que esta prática tenha caráter mais ou menos universal, na América Latina tem apresentado nos últimos anos uma excepcional intensidade.

150. O fenômeno dos desaparecimentos constitui uma forma complexa de violação dos direitos humanos que deve ser compreendida e enfrentada de uma maneira integral.

151. A criação do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, através da Resolução 20 (XXXVI), de 29 de fevereiro de 1980, constitui uma atitude concreta de censura e repúdio generalizados a uma prática que já havia sido objeto de atenção no âmbito universal por parte da Assembleia Geral (resolução 33/173, de 20 de dezembro de 1978), do Conselho Econômico e Social (resolução 1979/38, de 10 de maio de 1979) e da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção de Minorias (resolução 5 B (XXXII), de 5 de setembro de 1979). Os relatórios dos relatores ou enviados especiais da Comissão de Direitos Humanos mostram a preocupação com o fim dessa prática, o aparecimento das pessoas afetadas e a aplicação de punições aos responsáveis.

152. No âmbito regional americano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Comissão têm se referido reiteradamente à questão dos desaparecimentos para promover a investigação de tais situações, para qualificá-las e para exigir que tenham fim (AG/RES. 443 (IX-0/79), de 31 de outubro de 1979; AG/RES. 510 (X-0/80), de 27 de novembro de 1980; AG/RES. 618 (XII-0/82), de 20 de novembro de 1982; AG/RES. 666 (XIII-0/83), de 18 de novembro de 1983; AG/RES. 742 (XIV-0/84), de 17 de novembro de 1984 e AG/RES. 890 (XVII-0/87), de 14 de novembro de 1987; Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Relatório Anual, 1978, páginas 22-24; Relatório Anual 1980-1981, páginas 113-114; Relatório Anual, 1982-1983, páginas 49-51; Relatório Anual, 1985-1986, páginas 40-42; Relatório Anual, 1986-1987, páginas 299-306 e em muitos de seus relatórios especiais por países como OEA/Ser.L/V/II.49, documento 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II.66, documento 17, 1985 (Chile) e OEA/Ser.L/V/II.66, documento 16, 1985 (Guatemala)).

153. Apesar de não existir nenhum texto convencional em vigência, aplicável aos Estados-Partes na Convenção, que empregue esta qualificação, a doutrina e a prática internacionais têm qualificado muitas vezes os desaparecimentos como um

delito contra a humanidade (Anuário Interamericano de Direitos Humanos, 1985, páginas 369, 687 e 1103). A Assembleia da OEA tem afirmado que "é uma afronta à consciência do Hemisfério e constitui um crime contra a humanidade" (AG/RES. 666, *supra*). Também a tem qualificado como "um procedimento cruel e desumano, com o propósito de evadir a lei, em detrimento das normas que garantem a proteção contra a detenção arbitrária e o direito à segurança e integridade pessoal" (AG/RES. 742, *supra*).

154. Não há dúvida de que o Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança. Tampouco se pode discutir que toda sociedade padece pelas infrações à sua ordem jurídica. Entretanto, por mais graves que possam ser certas ações e por mais culpáveis que possam ser os réus de determinados delitos, não cabe admitir que o poder possa ser exercido sem limite algum ou que o Estado possa valer-se de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos, sem sujeição ao direito ou à moral. Nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desprezo à dignidade humana.

155. O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de vários direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-Partes estão obrigados a respeitar e garantir. O sequestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que viola, ademais, o direito do detido a ser levado sem demora perante um juiz e a interpor os recursos adequados para controlar a legalidade de sua prisão, o que viola o artigo 7 da Convenção, que reconhece o direito à liberdade pessoal e que dispõe:

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
>
> 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
>
> 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
>
> 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
>
> 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
>
> 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua

> liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

156. Ademais, o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetida a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da liberdade psíquica e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, o que constitui, por sua vez, a violação das disposições do artigo 5 da Convenção que reconhecem o direito à integridade pessoal:

> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
>
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Além disso, as investigações existentes sobre a prática de desaparecimentos, e os testemunhos das vítimas que recuperaram sua liberdade, demonstram que ela inclui o tratamento sem piedade aos detidos, que se veem submetidos a todo tipo de humilhações, torturas e demais tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, em violação também ao direito da integridade física reconhecido no mesmo artigo 5 da Convenção.

157. A prática de desaparecimentos, enfim, implica, com frequência, a execução dos detidos, em segredo e sem julgamento, seguida do encobrimento do cadáver com o objeto de apagar todo rastro material do crime e de procurar a impunidade dos que o perpetraram, o que significa uma brutal violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção, cujo inciso primeiro dispõe:

> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

158. A prática de desaparecimentos, além de violar diretamente várias disposições da Convenção, como as indicadas, significa uma ruptura radical deste tratado, pois implica o crasso abandono dos valores que emanam da dignidade humana e dos princípios que mais profundamente fundamentam o sistema interamericano e a própria Convenção. A existência dessa prática, ademais, supõe o desconhecimento do

dever de organizar o aparato do Estado de modo a garantir os direitos reconhecidos na Convenção, como se expõe a seguir.

XI

159. A Comissão solicitou à Corte determinar que Honduras violou os direitos garantidos a Manfredo Velásquez pelos artigos 4, 5 e 7 da Convenção. O Governo negou as acusações e pretende uma sentença absolutória.

160. O problema estabelecido exige à Corte um exame sobre as condições nas quais um determinado ato, que lese algum dos direitos reconhecidos na Convenção, pode ser atribuído a um Estado-Parte e comprometer, em consequência, sua responsabilidade internacional.

161. O artigo 1.1 da Convenção dispõe:

> **Artigo 1**
>
> **Obrigação de Respeitar os Direitos**
>
> 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

162. Este artigo contém a obrigação contraída pelos Estados-Partes em relação a cada um dos direitos protegidos, de tal maneira que toda pretensão de que se lesou algum desses direitos, implica, necessariamente, a violação também o artigo 1.1 da Convenção.

163. A Comissão não indicou de maneira expressa a violação do artigo 1.1 da Convenção, mas isso não impede que seja aplicado por esta Corte, pois esse preceito constitui o fundamento genérico da proteção dos direitos reconhecidos pela Convenção e porque seria aplicável, de todo modo, em virtude de um princípio geral de Direito, *iura novit curia,* do qual se tem valido reiteradamente a jurisprudência internacional no sentido de que o julgador possui a faculdade e, inclusive, o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, ainda quando as partes não as invoquem expressamente (***"Lotus"***, *Judgment Nº. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, Nº. 10*, pág. 31 e *Eur. Court H.R.*, ***Handyside Case***, *Judgment of 7 December 1976, Series A Nº. 24*, par. 41).

164. O artigo 1.1 é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado-Parte. Com efeito, o referido artigo põe a cargo dos Estados-Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo menosprezo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação

ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção.

165. A primeira obrigação assumida pelos Estados-Partes, nos termos do citado artigo, é a de "respeitar os direitos e liberdades" reconhecidos na Convenção. O exercício da função pública tem limites que derivam de que os direitos humanos são atributos inerentes à dignidade humana e, em consequência, superiores ao poder do Estado. Como já foi dito pela Corte em outra ocasião:

> a proteção aos direitos humanos, em especial aos direitos civis e políticos reunidos na Convenção, parte da afirmação da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana que não podem ser legitimamente prejudicados pelo exercício do poder público. Trata-se de esferas individuais que o Estado não pode violar ou nas quais só pode penetrar limitadamente. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal (**A expressão "leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº. 6, par. 21).

166. A segunda obrigação dos Estados-Partes é a de "garantir" o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.

167. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento desta obrigação, mas comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.

168. A obrigação a cargo dos Estados é, assim, muito mais imediata do que aquela do artigo 2, que diz:

> **Artigo 2**
>
> **Dever de Adotar Disposições de Direito Interno**
>
> Se 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.

169. De acordo com o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, inclui-se toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um direito, se está perante uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

170. Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, uma vez que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responda pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuarem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.

171. O mencionado princípio adequa-se perfeitamente à natureza da Convenção, que se viola em toda situação na qual o poder público seja utilizado para lesar os direitos humanos nela reconhecidos. Se fosse considerado que não compromete o Estado quem se beneficia do poder público para violar tais direitos através de atos que vão além de sua competência ou que são ilegais, tornar-se-ia ilusório o sistema de proteção previsto na Convenção.

172. É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção.

173. As infrações à Convenção não podem ser julgadas aplicando regras que tenham em conta elementos de natureza psicológica, orientados a qualificar a culpabilidade individual de seus autores. Para efeitos da análise, é irrelevante a intenção ou motivação do agente que, materialmente, tenha violado os direitos reconhecidos pela Convenção, até o ponto de que a infração à mesma pode estabelecer-se inclusive se tal agente não está individualmente identificado. O decisivo é elucidar se uma determinada violação aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção teve lugar com o apoio ou a tolerância do poder público ou se este atuou de maneira que a transgressão tenha se realizado na

ausência de toda prevenção ou impunemente. Definitivamente, trata-se de determinar se a violação aos direitos humanos resulta da inobservância por parte de um Estado de seus deveres de respeitar e de garantir ditos direitos, que lhe impõe o artigo 1.1 da Convenção.

174. O Estado tem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente, com os meios a seu alcance, as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, impor as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação.

175. O dever de prevenção abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais. Não é possível fazer uma enumeração detalhada dessas medidas, que variam segundo o direito em questão e segundo as condições próprias de cada Estado-Parte. É claro, por sua vez, que a obrigação de prevenir é de meio ou comportamento e não se demonstra seu descumprimento pelo simples fato de que um direito tenha sido violado. Mas é óbvio, ao contrário, que a submissão de detidos a corpos repressivos oficiais que impunemente pratiquem a tortura e o assassinato representa, por si mesma, uma infração ao dever de prevenção de violações aos direitos à integridade física e à vida, ainda que uma dada pessoa não tenha sofrido torturas ou não tenha sido morta, ou que esses fatos não se possam demonstrar no caso concreto.

176. O Estado está, por outra parte, obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolere que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

177. Em certas circunstâncias, pode ser difícil a investigação de fatos que atentem contra direitos da pessoa. A de investigar é, como a de prevenir, uma obrigação de meio ou comportamento que não é descumprida pelo simples fato de que a investigação não produza um resultado satisfatório. Entretanto, deve empreender-se com seriedade e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade. Esta apreciação é válida qualquer que seja o agente ao qual possa, eventualmente, atribuir-se a violação, mesmo os particulares, pois, se seus atos não forem investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado.

178. Dos autos evidencia-se que, no presente caso, houve uma completa inibição dos mecanismos teoricamente adequados do Estado hondurenho para

atender à investigação do desaparecimento de Manfredo Velásquez, assim como o cumprimento de deveres como a reparação dos danos causados e a punição dos responsáveis, contidos no artigo 1.1 da Convenção.

179. Ficou comprovada, como já foi verificado pela Corte anteriormente, a abstenção do Poder Judiciário em atender os recursos apresentados perante diversos tribunais no presente caso. Nenhum recurso de exibição pessoal foi tramitado. Nenhum juiz teve acesso aos lugares onde eventualmente pudesse haver estado detido Manfredo Velásquez. A investigação criminal iniciada concluiu com o seu arquivamento.

180. Tampouco os órgãos do Poder Executivo realizaram uma investigação séria para estabelecer o destino de Manfredo Velásquez. Nenhuma investigação foi aberta para conhecer denúncias públicas sobre a prática de desaparecimentos e sobre o fato de que Manfredo Velásquez teria sido vítima dessa prática. Não foram atendidos os requerimentos da Comissão, no sentido de informar sobre a situação estabelecida, ao ponto de que dita Comissão teve de aplicar a presunção de veracidade dos fatos denunciados pela falta de resposta do Governo. A oferta de se efetuar uma investigação em concordância com o disposto na resolução nº 30/83 da Comissão resultou em uma investigação confiada às próprias Forças Armadas, as quais eram precisamente as indicadas como responsáveis diretas pelos desaparecimentos, o que questiona gravemente a seriedade da investigação. Acudiu-se, frequentemente, ao expediente de pedir aos familiares das vítimas que apresentassem provas conclusivas de suas asseverações sendo que, por tratar-se de delitos atentatórios contra bens essenciais da pessoa, devem ser investigados de ofício, em cumprimento do dever do Estado de velar pela ordem pública, mais ainda quando os fatos denunciados referiam-se a uma prática realizada dentro do seio da instituição armada a qual, por sua natureza, está fechada a investigações particulares. Tampouco se estabeleceu qualquer procedimento destinado a determinar quem foi ou foram os responsáveis pelo desaparecimento de Manfredo Velásquez, a fim de aplicar-lhes as punições que o direito interno estabelece. Tudo isso configura um quadro do qual resulta que as autoridades hondurenhas não atuaram de conformidade com o requerido pelo artigo 1.1 da Convenção, para garantir efetivamente a vigência dos direitos humanos dentro da jurisdição desse Estado.

181. O dever de investigar fatos deste gênero subsiste enquanto se mantenha a incerteza sobre o destino final da pessoa desaparecida. Inclusive quando circunstâncias legítimas da ordem jurídica interna não permitissem aplicar as sanções correspondentes aos que sejam individualmente responsáveis por delitos desta natureza, o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o destino desta e, se for o caso, onde se encontram seus restos, representa uma justa expectativa que o Estado deve satisfazer com os meios a seu alcance.

182. A Corte tem a convicção, e assim considerou provado, de que o desaparecimento de Manfredo Velásquez foi consumado por agentes que atuaram sob a cobertura de uma função pública. Mas, mesmo que não houvesse podido demonstrar-se tal coisa, a circunstância de que o aparato do Estado tenha se abstido de atuar, o que está plenamente

comprovado, representa um descumprimento, imputável a Honduras, dos deveres contraídos em virtude do artigo 1.1 da Convenção, segundo o qual estava obrigada a garantir a Manfredo Velásquez o pleno e livre exercício de seus direitos humanos.

183. Não escapa à Corte que o ordenamento jurídico de Honduras não autorizava semelhantes ações e que as mesmas estavam tipificadas como delitos conforme o direito interno. Tampouco escapa à Corte que nem todos os níveis do poder público de Honduras estavam necessariamente cientes de tais atuações, nem existe evidência de que as mesmas tenham obedecido a ordens dadas pelo poder civil. Entretanto, tais circunstâncias são irrelevantes para efeitos de estabelecer, segundo o Direito Internacional, se as violações aos direitos humanos perpetradas dentro da mencionada prática são imputáveis a Honduras.

184. Segundo o princípio de Direito Internacional da identidade ou continuidade do Estado, a responsabilidade subsiste com independência das mudanças de governo no transcurso do tempo e, concretamente, entre o momento em que se comete o fato ilícito que gera a responsabilidade e aquele em que ela é declarada. O anterior é válido também no campo dos direitos humanos ainda que, sob um ponto de vista ético ou político, a atitude do novo governo seja muito mais respeitosa desses direitos que a do governo à época das violações ocorridas.

185. De todo o anterior, conclui-se que, dos fatos comprovados neste juízo, o Estado de Honduras é responsável pelo desaparecimento involuntário de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez. Em consequência, são imputáveis a Honduras violações aos artigos 7, 5 e 4 da Convenção.

186. Por obra do desaparecimento, Manfredo Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou de sua liberdade física sem fundamento em causas legais e sem ser levado perante um juiz ou tribunal competente que conhecesse de sua detenção. Tudo isso viola diretamente o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7 da Convenção (155 *supra*) e constitui uma violação, imputável a Honduras, dos deveres de respeitá-lo e garanti-lo, consagrado no artigo 1.1 da mesma Convenção.

187. O desaparecimento de Manfredo Velásquez é violatório do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5 da Convenção (156 *supra*). Em primeiro lugar porque o simples fato do isolamento prolongado e da incomunicabilidade coativa representa um tratamento cruel e desumano, que lesa a integridade psíquica e moral da pessoa e o direito de todo detido a um tratamento respeitoso de sua dignidade, em contradição com os parágrafos 1 e 2 do citado artigo. Em segundo lugar porque, ainda quando não foi demonstrado de modo direto que Manfredo Velásquez foi torturado fisicamente, a simples circunstância de que seu sequestro e cativeiro tenham ficado a cargo de autoridades que comprovadamente submetiam os detidos a humilhações, crueldades e torturas representa a inobservância, por parte de Honduras, do dever que lhe impõe o artigo 1.1, em relação aos parágrafos 1 e 2 do artigo 5 da Convenção. Com efeito, a garantia da integridade física de toda pessoa, e de que todo aquele que seja privado de sua liberdade seja tratado com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, implica a prevenção razoável de situações virtualmente lesivas dos direitos protegidos.

188. O arrazoado anterior é aplicável a respeito do direito à vida consagrado no artigo 4 da Convenção (157 *supra*). O contexto no qual ocorreu o desaparecimento e a circunstância de que sete anos depois continue sendo ignorado são por si só suficientes para concluir, razoavelmente, que Manfredo Velásquez foi privado de sua vida. Entretanto, inclusive mantendo uma mínima margem de dúvida, deve-se ter presente que seu destino ficou nas mãos de autoridades cuja prática sistemática compreendia a execução sem julgamento dos detidos e a ocultação do cadáver para assegurar sua impunidade. Esse fato, somado à falta de investigação do ocorrido, representa uma infração de um dever jurídico, a cargo de Honduras, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção em relação ao artigo 4.1 da mesma, de garantir a toda pessoa sujeita à sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito a não ser privado dela arbitrariamente, o que implica a prevenção razoável de situações que possam redundar na supressão desse direito.

XII

189. O artigo 63.1 da Convenção dispõe:

> Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

É evidente que no presente caso a Corte não pode dispor que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Ao contrário, é procedente a reparação das consequências da situação que configuraram a violação dos direitos especificados neste caso pela Corte, contexto dentro do qual cabe o pagamento de uma justa indenização.

190. A Comissão reclamou durante o presente julgamento o pagamento da referida indenização, mas não aportou elementos que sirvam de base para definir seu montante nem a forma de pagamento, temas estes que não foram objeto de discussão entre as partes.

191. A Corte considera que essa indenização pode ser acordada entre as partes. Se não se chegar a um acordo a esse respeito, a Corte a fixará, para o que manterá aberto o presente caso. A Corte se reserva o direito de homologar o acordo e o poder de fixar seu montante e sua forma, se não chegarem a um acordo.

192. No Regulamento atual da Corte, as relações jurídicas processuais são estabelecidas entre a Comissão, o Estado ou Estados que intervêm no caso e a Corte, situação esta que subsiste enquanto não se tenha concluído o procedimento. Ao mantê-lo aberto à Corte, o procedente é que o acordo a que se refere o parágrafo anterior seja concluído entre o Governo e a Comissão, mesmo que, claramente, os destinatários diretos da indenização sejam os familiares da vítima e sem que isso

implique, de algum modo, um pronunciamento sobre o significado da palavra "partes" em outro contexto do sistema normativo da Convenção.

XIII

193. Não aparece nos autos solicitação de condenação em custas e não é procedente que a Corte se pronuncie sobre elas (art. 45.1 do Regulamento).

XIV

194. **PORTANTO,**

A CORTE,

por unanimidade

1. Desconsidera a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos oposta pelo Governo de Honduras.

por unanimidade

2. Declara que Honduras violou os deveres de respeito e de garantia do direito à liberdade pessoal, reconhecido no artigo 7 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez.

por unanimidade

3. Declara que Honduras violou os deveres de respeito e de garantia do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez.

por unanimidade

4. Declara que Honduras violou o dever de garantia do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez.

por unanimidade

5. Decide que Honduras está obrigada a pagar uma justa indenização compensatória aos familiares da vítima.

por seis votos a um

6. Decide que a forma e a quantia desta indenização serão fixadas pela Corte caso o Estado de Honduras e a Comissão não se ponham de acordo a respeito num período de seis meses, contados a partir da data desta sentença, e deixa aberto o procedimento para esse efeito.

Dissente o Juiz Rodolfo E. Piza E.

por unanimidade

7. Decide que o acordo sobre a forma e a quantia da indenização deverá ser homologado pela Corte.

por unanimidade

8. Não considera procedente pronunciar-se sobre custas.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol. Lida em sessão pública na sede da Corte em São José, Costa Rica, em 29 de julho de 1988.

RAFAEL NIETO NAVIA
Presidente

HÉCTOR GROS ESPIELL
THOMAS BUERGENTHAL
HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
RODOLFO E. PIZA E.
PEDRO NIKKEN
RIGOBERTO ESPINAL IRÍAS

CHARLES MOYER
Secretário

Comunique-se e execute-se

RAFAEL NIETO NAVIA
Presidente

CHARLES MOYER
Secretário

VOTO DISSIDENTE DO JUIZ PIZA ESCALANTE

1. Não haveria tido reserva alguma para subscrever a totalidade da sentença se o ponto 6º tivesse sido redigido em termos como os seguintes:

> 6. Decide que a forma e quantia desta indenização serão fixadas pela Corte caso *as partes, com intervenção da Comissão*, não se ponham de acordo a esse respeito num período de seis meses a partir da data desta sentença, e deixa aberto para esse efeito o procedimento.

Inclusive teria concorrido a uma decisão menos definitiva, que se remetesse somente ao acordo *das partes*, na forma em que a própria Corte justificou suas conclusões no parágrafo 191 da mesma, sem referir-se à Comissão; mesmo que não as do parágrafo 192, sobre as quais também formulo minha reserva.

2. Minha dissidência, assim, não é de todo com o mérito nem com o sentido fundamental dessa disposição, enquanto reserva à Corte a decisão final sobre a

indenização agora outorgada em abstrato, deixando às partes a iniciativa para concordá-la no prazo estipulado, mas tão somente com a titularidade da condição de parte a esse efeito, que o voto da maioria reconhece na Comissão, mas não os herdeiros da vítima.

3. Salvo meu voto, pois, pela necessidade de ser consequente com minha interpretação da Convenção e dos próprios Regulamentos da Comissão e da Corte, de que, no processo perante esta, a única parte ativa, em sentido substancial, são a vítima ou seus herdeiros, titulares dos direitos reclamados e credores das prestações que na sentença sejam declaradas, em relação ao texto do artigo 63.1 da Convenção, o qual inclui, expressamente,

(...) o pagamento de indenização justa *à parte lesada*.

Ao contrário, a Comissão, parte imparcial e instrumental, como Ministério Público do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o é somente no sentido processual, como demandante no juízo, nunca no substancial ou material, como credora da sentença (artigos 57 e 61 da Convenção, 19 inc. b) do Regulamento da Comissão e 28 do Estatuto da Corte).

4. Essa tese, ademais, é a mesma que tenho sustentado consistentemente, em geral sobre as partes no processo perante a Corte, pelo menos desde meus votos particulares sobre as resoluções proferidas em 1981 e 1983, no caso "Viviana Gallardo e outras" (*vide*, por exemplo, resolução de 13 de novembro de 1981, voto fundamentado do Juiz Piza, par. 8, e resolução de 8 de setembro de 1983, voto dissidente do Juiz Piza, pars. 36, 39 e ponto resolutivo 8º, última), onde sustentou, entre outras coisas:

> 39. que, a meu juízo, as "partes", em sentido substancial, são (...): a) o Estado da Costa Rica como "parte passiva", a quem se imputam as violações e devedora eventual de sua reparação (...) e b) *como "parte ativa", titular dos direitos reclamados e, portanto, credora de uma eventual sentença, as vítimas* (...) *A Comissão não é 'parte' em nenhum sentido substancial, porque não é titular de direitos nem deveres que tenham de ser ou possam ser declarados ou constituídos pela sentença*.

5. O resolvido pela maioria é, mesmo que válido, insuficiente, pois não recolhe, a meu juízo, a condição de parte dos herdeiros de Manfredo Velásquez conforme o citado artigo 63.1 da Convenção e, também, o disposto sobre o conteúdo da sentença pelo artigo 45. 2 e 3 do Regulamento da Corte, como segue:

> 2. Quando a Corte decidir que há uma violação da Convenção, tomará na mesma sentença uma decisão sobre a aplicação do artigo 63.1 da Convenção, se o referido assunto, depois de ter

> sido apresentado, em conformidade com o artigo 43 do presente Regulamento, estiver pronto para uma decisão; se não estiver, a Corte decidirá o procedimento a seguir. Pelo contrário, se o assunto em menção não tiver sido apresentado de acordo com o artigo 43, a Corte determinará o período dentro do qual pode ser apresentado *por uma parte ou pela Comissão*.
>
> 3. Se a Corte foi informada de que *o lesado e a parte responsável chegaram a um acordo*, verificará que o acordo seja justo.

6. Nesses mesmos votos particulares expus, ainda, minha tese sobre a situação das partes em sentido processual, ou seja, não como credora e devedora do conteúdo da sentença, senão como demandante e demandada no processo, nos termos, a seguir:

> 40. Não existe nenhuma razão válida para negar às próprias vítimas, "parte ativa" substancial, a sua condição autônoma de "parte ativa" processual. (...) "a meu ver, o único que a Convenção veda ao ser humano é a 'iniciativa da ação' (art. 61.1), limitação que, como tal, é 'matéria odiosa' à luz dos princípios, de maneira que deve interpretar-se restritivamente. Em consequência, não é possível derivar dessa limitação a conclusão de que também está vedada ao ser humano a sua condição autônoma de 'parte' no processo, uma vez que este tenha se iniciado (...) No referente à Comissão Interamericana, que deve comparecer em todos os casos perante a Corte (...) esta é claramente uma 'parte *sui generis*', puramente processual, auxiliar da justiça, à maneira de um 'ministério público' do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos". (Resolução de 8 de setembro de 1983).

O anterior me obriga, pois, como disse (par. 1 *supra*), a apresentar minha reserva expressa sobre o parágrafo considerativo 192, enquanto coloca a Comissão como única parte processual diante do Estado ou Estados que intervenham em um caso perante a Corte, sem reconhecer a legitimação autônoma, inclusive no sentido meramente processual, das vítimas ou seus herdeiros, entre outros.

7. Ademais, considero que, se a Convenção e os Regulamentos da Comissão e da Corte autorizam, em geral, formas de solução amistosa antes ou depois de estabelecido o processo perante a Corte, sempre em mãos diretamente da parte lesada e tão somente com a intervenção mediadora ou fiscalizadora da Comissão, carece de sentido que agora, ao autorizar um acordo direto para depois da sentença que condenou em abstrato ao pagamento de uma indenização, o faça investindo a Comissão, para esses efeitos, da condição de única parte frente ao Estado responsável, no lugar dos herdeiros de Manfredo Velásquez, únicos credores dessa indenização.

A esse respeito, explicam-se por si mesmas, disposições como as seguintes:

> **Convenção**
>
> *Artigo 48*
>
> 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção (...)
>
> f. pôr-se-á *à disposição das partes interessadas*, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção.
>
> **Regulamento da Comissão:**
>
> *Artigo 45 (solução amistosa)*
>
> 1. *Por solicitação de qualquer uma das partes ou por iniciativa própria, a Comissão colocar-se-á à disposição das mesmas*, em qualquer etapa do exame de uma petição, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...)
>
> **Regulamento da Corte:**
>
> *Artigo 42 (desistência e cancelamento da instância)* (...)
>
> 2. Quando, em uma causa apresentada perante a Corte pela Comissão, aquela receber *comunicação de uma solução amistosa*, de uma conciliação ou de outro fato apto para proporcionar uma solução ao litígio, chegado o momento, poderá cancelar a instância e arquivar o expediente, *após ter solicitado a opinião dos delegados da Comissão* (...)

Em relação a esta última disposição, é evidente que, se a "parte" na solução amistosa houvesse sido a mesma Comissão, seria absurdo que a Corte depois tivesse de solicitar sua opinião para ordenar o cancelamento da instância e o arquivo do expediente.

8. Nada do anterior significa que eu não compreenda ou não compartilhe a inquietude que a decisão da maioria parece revelar, no sentido de que a Comissão está, possivelmente, em melhores condições reais para velar para que os interesses dos herdeiros de Manfredo Velásquez não se vejam desprezados pela prepotência do Governo, ou a de que um acordo específico entre este e a Comissão poderia ter a relativa maior eficácia própria de um acordo internacional. Entretanto, considero:

> a) Quanto ao primeiro, que a Corte está obrigada a aplicar as normas da Convenção e de seu Regulamento em conformidade com seu

sentido objetivo, e, para mim, o texto claro dessas normas não autoriza a interpretação adotada.

b) De todo modo, eu não pretendo, em nenhum momento, que a Comissão não participe ativamente na negociação de um acordo com o Governo a respeito da indenização ordenada na sentença. Minha redação principal dizia expressamente, e inclusive em minha disposição de aceitar uma simples referência "às partes" estava também implícita sua participação, é claro que a Corte reserva-se, em todo caso, o poder de homologar esse acordo (ponto resolutivo 7º, adotado por unanimidade).

c) Quanto à eficácia do acordo, não me preocupa qual seja seu regime jurídico – nacional ou internacional –, porque de qualquer modo a validade e a força desse acordo em ambas as ordens derivam-se da própria Convenção, em virtude da própria sentença e da posterior homologação ou aprovação formal da Corte, disposição que gozaria de executividade, tanto na ordem internacional como na interna, conforme o texto expresso do artigo 68.2 da Convenção, no sentido de que:

> 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo *pelo processo interno vigente para a execução de sentenças* contra o Estado.

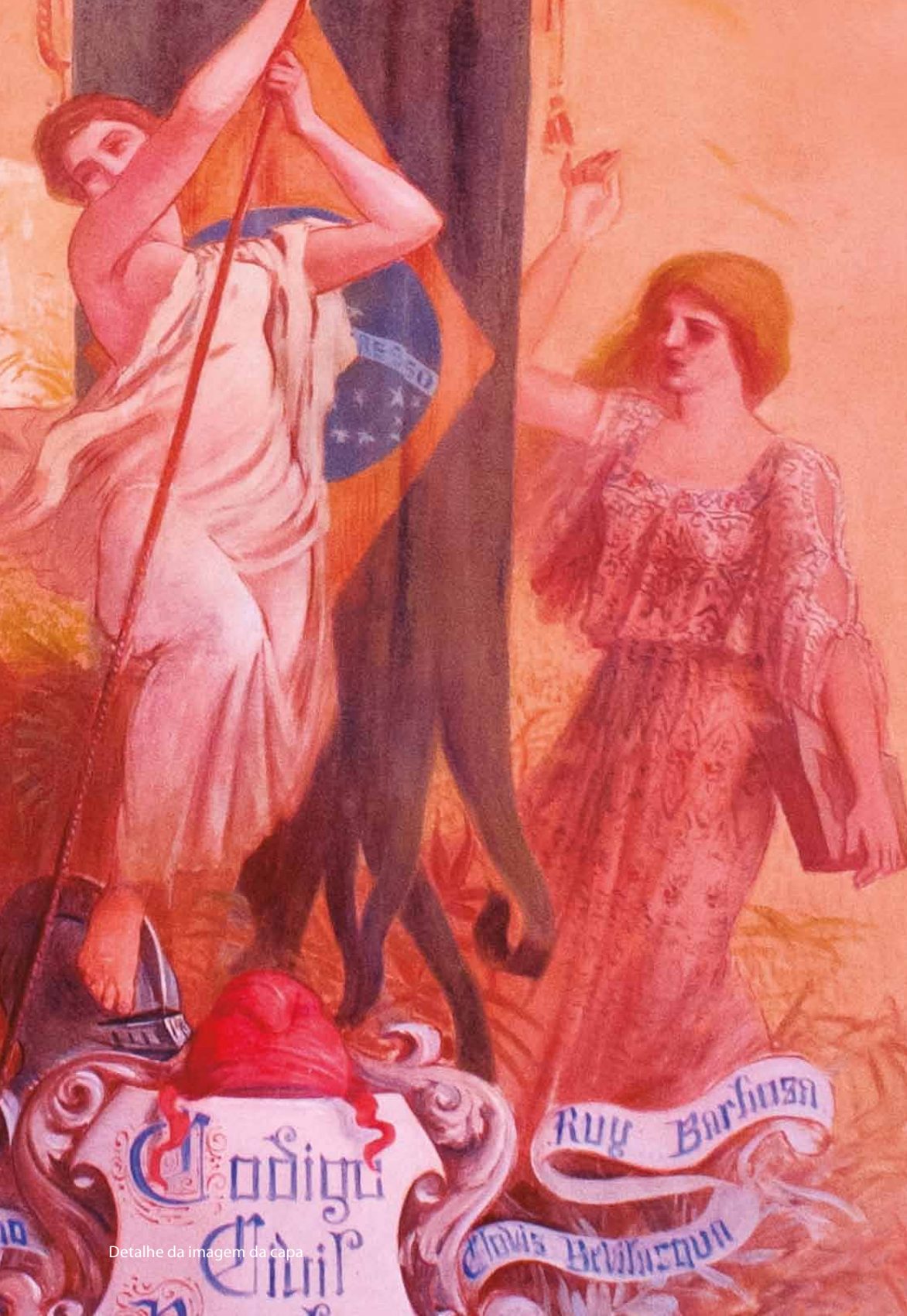
c) No mais, não se deve esquecer que o prazo estabelecido na sentença é somente de seis meses e, quando vencidos, o assunto voltará ao conhecimento da Corte, seja para homologar o acordo das partes (ponto resolutivo 7º), seja para fixar ela mesma a forma e o montante da indenização (ponto resolutivo 6º), levado pela Comissão ou pelos próprios interessados, na forma prevista pelo artigo 45.2 e 3. do Regulamento da Corte já citado, segundo o qual:

> 2. A Corte determinará o período dentro do qual pode ser apresentado *por uma parte ou pela Comissão*.
>
> 3. Se a Corte foi informada de que *o lesado e a parte responsável* chegaram a um acordo, verificará que o acordo seja justo.

Rodolfo E. Piza E.

Charles Moyer

Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário

Ministério Público empossa oito novos Promotores de Justiça

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), em sessões solenes realizadas nos dias 24 de outubro, 11 de novembro e 22 de dezembro, deu posse a oito novos Promotores de Justiça Substitutos aprovados no XXXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do MPRJ. O Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, abriu as solenidades, saudando os novos membros da Instituição, enquanto que a Secretária-Geral do MPRJ, a Promotora de Justiça Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante, procedeu à leitura do termo de posse, exceto na última sessão solene, quando a leitura foi realizada pela Secretária-Geral do MPRJ, em exercício, Promotora de Justiça Viviane Alves Santos Silva.

Em 24 de outubro de 2016, passaram a integrar o *Parquet* fluminense os Promotores de Justiça Substitutos Pedro Losa Loureiro Valim, que discursou em nome dos empossados, Ana Carolina Fagundes de Oliveira Cunha, que leu o termo de compromisso, e, ainda, Ana Luiza Lima Fazza. Além do Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, participaram da cerimônia os Procuradores de Justiça integrantes do Conselho Superior do Ministério Público Sumaya Therezinha Helayel, Sérgio Roberto Ulhoa Pimentel, Cláudio Soares Lopes, Anna Maria Di Masi, Flávia Araújo Ferrer de Andrade, Alexandre Viana Schott e Conceição Maria Tavares de Oliveira. O Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Oliveira Mattos de Souza, e o coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), José Roberto Paredes também compuseram a mesa diretora dos trabalhos.

Já na sessão solene realizada no dia 11 de novembro de 2016, foram empossados Eric Fernandes da Silva Mendonça, que discursou em nome de todos, Patrícia Fernandes de Souza Drumond, que fez a leitura do termo de compromisso, e Fernanda Resende Djahjah Dominice. Participaram da cerimônia de posse o Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, e os Procuradores de Justiça integrantes do CSMP, Ricardo Ribeiro Martins, Cláudio Soares Lopes, que saudou os empossados, Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Sumaya Therezinha Helayel, Anna Maria Di Masi e Flávia Araújo Ferrer de Andrade. O Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza, também integrou a mesa diretora dos trabalhos.

As Promotoras de Justiça Substitutas: Carolina Motta da Cunha Gonçalves Wienskoski e Mariana Sleiman Castriani Quirino tomaram posse na sessão solene realizada no dia 22 de dezembro de 2016. Após a assinatura do termo, o Procurador de Justiça Antonio Carlos da Graça de Mesquita saudou as novas Promotoras de Justiça,

observando que dos 21 aprovados, 14 são do sexo feminino. A Promotora de Justiça Substituta Carolina Motta da Cunha Gonçalves Wienskoski discursou em nome das empossadas. Também participaram da cerimônia o Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, e os Procuradores de Justiça, Conselheiros do CSMP, Sumaya Therezinha Helayel, Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Conceição Maria Tavares de Oliveira, Ricardo Ribeiro Martins, Alexandre Viana Schott, Sérgio Roberto Ulhoa Pimentel, Cláudio Henrique Cruz Viana e Flávia Araújo Ferrer de Andrade. O Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza; o Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), José Roberto Paredes; e o Procurador de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, Mauri Valentim Riciotti, também compuseram a mesa diretora dos trabalhos.

MP elege novos integrantes para o Conselho Superior

Em eleição realizada no dia 07 de novembro de 2016, foram escolhidos os oito novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) para o biênio 2017-2019. Foram computados os totais de 190 votos dos Procuradores de Justiça e de 638 votos dos Promotores de Justiça. Pelo Colégio de Procuradores de Justiça foram eleitos os Procuradores de Justiça Marcelo Daltro Leite (107 votos), Cláudio Soares Lopes (102), Sumaya Therezinha Helayel (101) e Anna Maria Di Masi (94). Para as quatro vagas preenchidas pelos votos dos Promotores de Justiça, os eleitos foram os procuradores Ricardo Ribeiro Martins (484 votos), Flávia Araújo Ferrer de Andrade (472), Conceição Maria Tavares de Oliveira (422) e Dennis Aceti Brasil Ferreira (395).

Comporão a lista de suplentes os postulantes que seguiram os eleitos na ordem decrescente de votação. Estes substituirão os titulares em seus impedimentos e em suas faltas ou suceder-lhes-ão em caso de vacância. Os suplentes eleitos pelos Procuradores de justiça são: Alexandre Araripe Marinho, Antonio Carlos da Graça de Mesquita e Lúcia Ramos Serão. Os suplentes eleitos pelos Promotores de Justiça são Denise Muniz de Tarin, Galdino Augusto Coelho Bordallo e Bruno Ferolla.

As eleições foram realizadas pelo Sistema Eletrônico de Votação (SEV), que conferiu maior agilidade à apuração dos votos e maior conforto aos membros, que puderam, pela primeira vez, votar de seus gabinetes ou de qualquer computador com acesso à Internet. Seis computadores também foram instalados na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, para atender àqueles que optaram pelo voto presencial.

Integrantes do Laboratório de Engenharia de *Software* da PUC-Rio, que acompanharam o processo, realizaram auditoria no SEV e validaram as eleições eletrônicas, atestando a confiabilidade e a imparcialidade do sistema que foi integralmente desenvolvido por servidores da Secretaria de Tecnologia da Informação e da Comunicação.

Eduardo Gussem encabeça lista tríplice para PGJ

Na eleição realizada no dia 12 de dezembro de 2016, destinada à formação da lista tríplice para provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, biênio 2017/2019, o Procurador de Justiça José Eduardo Ciotola Gussem obteve 438 votos (41,51% do total). Os Procuradores de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana e Antônio José Campos Moreira registraram 343 e 274 votos, respectivamente.

Votaram 877 Promotores e Procuradores de Justiça, dos 907 membros ativos habilitados a participar do sufrágio. Foi computado 1 voto nulo e nenhum voto em branco.

Os nomes dos candidatos serão encaminhados no dia 1º de janeiro de 2017 ao Governador do Estado, que terá 15 dias para baixar o ato de nomeação do novo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro. A posse será realizada em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, no dia 17 de janeiro de 2017.

Foi a primeira vez que a eleição para Procurador-Geral de Justiça ocorreu por meio eletrônico.

O processo eleitoral foi acompanhado por integrantes do Laboratório de Engenharia de *Software* da PUC-Rio, que realizaram auditoria no SEV e, mais uma vez, aprovaram as eleições eletrônicas, atestando a confiabilidade e a imparcialidade do sistema.

Eduardo Gussem

Com mais de 23 anos de atuação no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), José Eduardo Ciotola Gussem acumulou experiência como Promotor de Justiça no interior e na capital. Desde que ingressou na Instituição, em 1993, atuou,

por 14 anos em órgãos de execução e, por 10 anos, em funções administrativas. Com 52 anos e atuando desde 2015 como Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, José Eduardo Ciotola Gussem integrou pela segunda vez a lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça.

MPRJ realiza solenidade em comemoração ao Dia Nacional do Ministério Público

O Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, presidiu a sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça em comemoração ao Dia Nacional do Ministério Público, no dia 16 de dezembro de 2016, quando foram homenageados membros da Instituição, autoridades e servidores com o Colar do Mérito e a Medalha Annibal Frederico de Souza.

Após a execução do Hino Nacional Brasileiro pela banda da Polícia Militar, o Procurador-Geral de Justiça abriu a sessão solene, procedendo à entrega das honrarias aos agraciados. Receberam o Colar do Mérito o Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho; os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) José Carlos Maldonado de Carvalho e João Ziraldo Maia; o Juiz de Direito do TJRJ, Luiz Márcio Victor Alves Pereira; o Auditor Fiscal da Receita Federal no Rio de Janeiro, Leonidas Pereira Quaresma; os Procuradores de Justiça Sumaya Therezinha Helayel, Sávio Renato Bittencourt Soares Silva e Inês da Matta Andreioulo; e os Promotores de Justiça Georgea Marcovecchio Guerra, Virgilio Panagiotis Stavridis, Emerson Garcia, Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes e Lúcia Iloizio Barros Bastos. A comenda é a maior honraria concedida pela Instituição.

O Corregedor-Nacional do Ministério Público, Cláudio Henrique Portela do Rego, também homenageado com o Colar de Mérito, não pôde comparecer à solenidade. A comenda será entregue posteriormente.

Na cerimônia, sete servidores que prestaram relevantes serviços ao MPRJ receberam a Medalha Annibal Frederico de Souza: o supervisor das Secretarias das Promotorias de Justiça de Cordeiro, Arnaldo Jorge Fábregas da Costa Neto; a supervisora do CRAAI Duque de Caxias, Denise Felippe Cunha; o servidor da Secretaria das Promotorias de Justiça de Campos dos Goytacazes, Eduardo André Viana; a secretária da Coordenação do CRAAI Nova Iguaçu, Maria da Gloria Adriano Nunes; o secretário da Coordenação do CRAAI São Gonçalo, Paulo de Oliveira Machado; o diretor de Licitações e Contratos, Rafael Pacheco da Silva Costa; e o secretário de Logística, Ronaldo Bello Guimarães.

Após a entrega das comendas, o Procurador de Justiça Sávio Renato Bittencourt Soares Silva discursou em nome dos agraciados.

Integraram a mesa diretora dos trabalhos o Procurador-Geral de justiça, Marfan Martins Vieira; o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Elias Erthal Sanglard; o Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Leonardo da Cunha e Silva Espíndola Dias; o Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro, André Luís Machado de Castro; o Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza; o presidente da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (COOMPERJ), Luiz Antonio Ferreira de Araújo; a Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CEPROJUS), Maria do Carmo dos Santos Casa Nova; o Presidente da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), José Roberto Paredes; e o Presidente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ), Arthur Pontes Teixeira.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AMPLIAÇÃO INDEVIDA
18;

APELAÇÃO
19, 72, 75, 221-228, 282, 287-288, 291, 293, 295, 301, 369, 371, 374-375, 382, 384, 387-389, 397, 399, 402, 406-407, 409, 412, 415-416, 418-419, 466, 494, 505, 507-509;

ATO DE IMPROBIDADE
18, 249, 437-439, 445-449, 455, 457, 459-460, 462, 466-470;

ATOS ESTATAIS
139-140;

CÓDIGO COMERCIAL
171, 211-213;

COLABORAÇÃO PREMIADA
23-24, 29, 31-37, 39-40, 43-54, 56, 58-59, 341-342, 346, 366;

CONCURSO PÚBLICO
88, 446, 454, 457, 459-460, 467-470, 473-474, 476;

CONSUMIDOR
163, 165-166, 168-178, 211-212, 217, 245-246;

CONTROLE DE VALIDADE
23, 44, 47-54, 57-59;

CRÉDITO SUPLEMENTAR
233-234, 354;

DANO AMBIENTAL
241-242, 260, 263-264;

DEVER ESTATAL
139, 142, 145, 321, 326, 333;

DIALÉTICA ERÍSTICA
17-18, 22;

DIREITO
17, 19, 23-41, 44, 46, 48-59, 62, 64-66, 68-70, 81-84, 86, 88-89, 93-94, 97, 115-116, 119-120, 127, 131-134, 139-140, 142-143, 147-148, 150-159, 163-178, 182, 185, 190, 195, 197-200, 202, 204, 211-212, 215-217, 221-222, 227-228, 239, 244-246, 248-249, 263, 265-266, 268-269, 285, 294, 298-299, 305, 309-311, 313, 315, 321-337, 339, 341-342, 345, 350, 356, 358, 362-363, 370-379, 382-393, 395-399, 401-403, 405-406, 408-409, 411-416, 418-426, 428-430, 432, 451-453, 455, 459-460, 462, 466, 469, 473, 475-478, 491, 493-495, 498, 501-504, 506-507, 509, 510, 513-514, 516-518, 520-522, 524, 526-536, 538-540;

EFEITO DEVOLUTIVO
221-223, 225-226, 228, 372, 419;

EMENDA CONSTITUCIONAL
97, 139, 234, 237, 409, 415-416, 419;

ENSINO PÚBLICO
147, 149, 153-154, 159;

EROSÃO
81, 84, 332;

ESTADO LAICO
147, 149, 153, 160;

ESTUPRO DE VULNERÁVEL
305, 312-313;

EXECUÇÃO PROVISÓRIA
77, 369, 371-373, 379, 382, 389, 397, 401-402, 406, 415, 418-419, 431-432;

FGTS
473-478;

FUNDO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
233-234, 237;

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO
225, 481-482;

HOMONÍMIA SUTIL
18-19;

ILICITUDE
93, 181-184, 200-201, 203-205, 226, 289, 296, 298-299, 455, 459;

IMPEACHMENT
339, 341-342, 344, 346-347, 361;

INAFIANÇABILIDADE
99-100, 102-110, 112-114;

INTERPRETAÇÃO ADEQUADA
221;

JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO
74;

LEI MUNICIPAL
265-266, 271, 474;

LIBERDADE RELIGIOSA
148-153, 155-156, 159;

LIMINAR
144, 235, 239-241, 261, 339-340, 342, 347-350, 353-355, 357-358, 360-361, 363, 366-367, 369-371, 382, 404, 406, 434, 482;

LINGUAGEM
21, 41, 54, 163-171, 176-178, 412, 456;

MANIPULAÇÃO SEMÂNTICA
20-21;

MEDIDA CAUTELAR
48, 92-95, 97, 99, 105-106, 111, 261, 266, 348, 351, 382, 376, 425;

MEDIDA LIMINAR
261, 339-340, 347-349, 357-358, 366-367;

MODO ABSOLUTO
relativo
19;

MUTATIO CONTROVERSIAE
21;

NATUREZA JURÍDICA
23, 31, 93, 116, 135, 253-254, 461;

NORMA CONSTITUCIONAL
108, 143, 269, 321, 325, 390;

OSCIP
239, 249-251, 254, 256-258, 438-439, 446-448, 450, 453-455, 457-462, 465-470;

POLÍTICAS PÚBLICAS
172, 321-323, 325-326, 329;

PRECLUSÃO
23, 45, 54-55, 57-59, 69-72, 225, 358, 375, 416;

PREMISSAS FALSAS
19;

PRÉ-SILOGISMOS
19;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
19, 285, 369, 371-377, 379, 381-382, 384, 386-388, 391-395, 397, 403-408, 411-412, 414-415, 420-431, 460;

PRINCÍPIO
18-19, 38, 40-45, 47, 75, 77, 81-83, 85-89, 115-121, 123-124, 126-128, 134-135, 139-142, 150, 152, 154, 156-157, 159, 163, 165-167, 172-174, 177-178, 182, 193, 196, 203, 212, 216, 223, 228, 242, 247-248, 250-251, 262-263, 269, 271, 285, 287-289, 293, 296-297, 305, 310, 313, 324-325, 327, 333-335, 343, 345, 348, 352, 358-359, 363, 369, 371-375, 379-384, 386-388, 392-397, 401-405, 408, 412, 414-415, 418-419, 421-424, 427-428, 430-431, 438, 447, 454-456, 458, 460-461, 467, 469-470, 481, 484-485, 506-507, 518, 520, 528-529, 531, 534, 539;

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
115-118, 120-121, 123, 126, 310;

PRISÃO EM FLAGRANTE
91-100, 102, 104, 106, 108-114, 229, 424;

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL
273, 277, 305;

PROCESSO PENAL
33, 36, 39, 45, 48, 51, 53, 57, 59, 88, 91-92, 100, 105-107, 111, 114, 221-222, 224, 227-228, 273, 276, 280-281, 283, 288-290, 292, 294-296, 298-300, 302, 305, 311, 341, 370, 372, 374-375, 377-379, 394, 396-398, 402, 406, 414, 429, 431, 460, 481;

PROCESSO PENAL BRASILEIRO
111, 374, 412;

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES
62, 66;

PUBLICIDADE
83, 139-143, 145-146, 175, 177, 250, 256, 258-259, 312, 345;

RECEITAS ORIGINÁRIAS
265-266, 268;

REGIME DEMOCRÁTICO
81, 421, 426, 427;

REVISÃO CRIMINAL
375, 481, 483;

SANEAMENTO DO PROCESSO
63;

SENADOR
91, 97-101, 104-107, 110-112, 341-342, 346, 364;

SISTEMA POLÍTICO
84;

SÚMULA 713
221-228;

TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS
321, 327;

TIPICIDADE
86, 124, 126, 135, 181, 184-185, 193, 197, 200-201, 203-205, 310, 343, 356;

TRÁFICO DE DROGAS
273-275, 277, 299, 308;

TRANSPARÊNCIA
47, 87, 139-140, 142, 172, 345;

TRIBUNAL DO JÚRI
19-20, 221-223, 225, 226, 228, 281-282, 290-291, 293-296, 301-302, 384, 399, 410;

TUTELA COLETIVA
216, 239, 241, 274;

VULNERABILIDADE
163, 165-166, 172, 174-178, 212;

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