

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

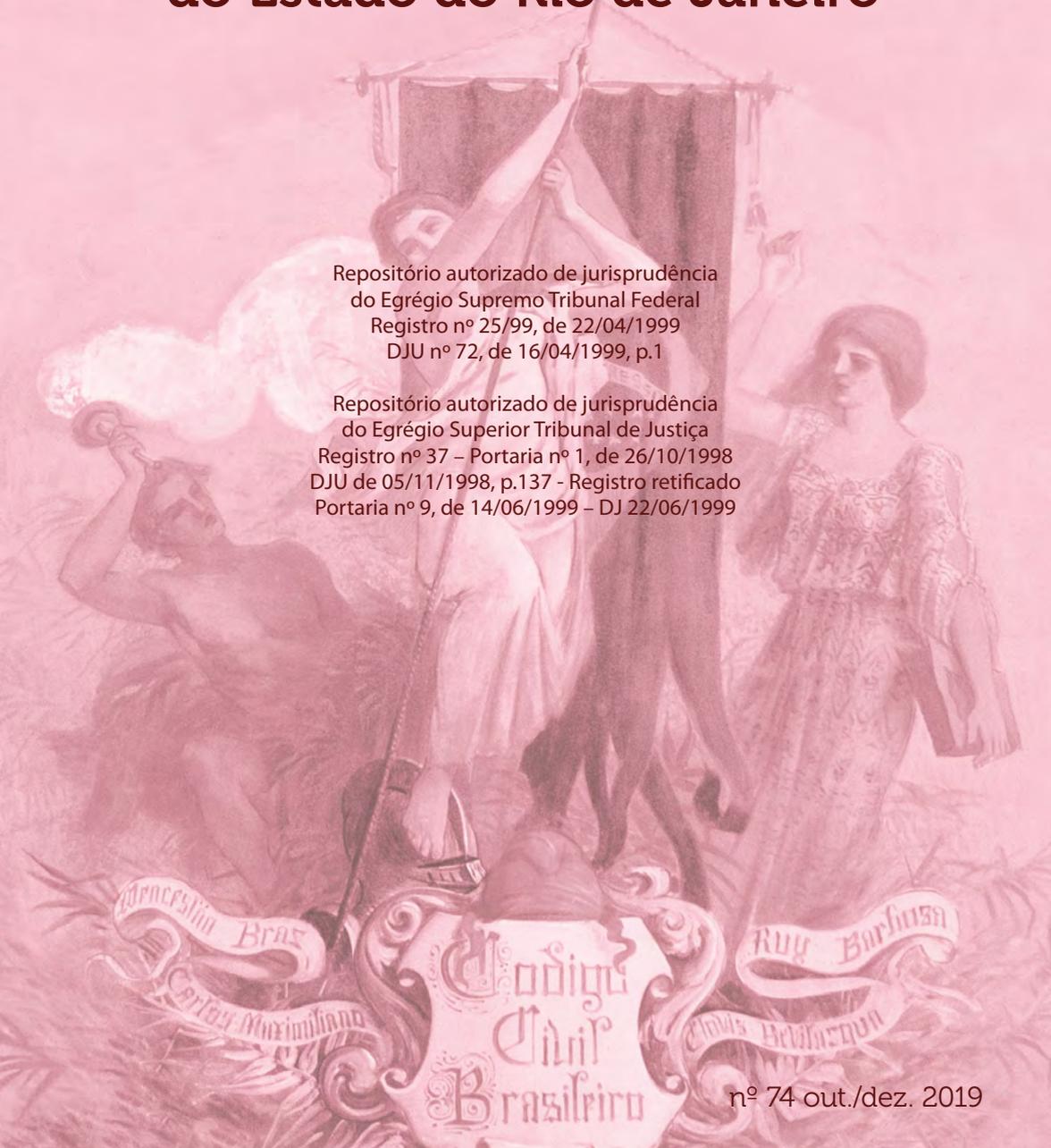


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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



nº 74 out./dez. 2019

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

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Lucas Sampaio
Estagiário

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Revisão

Bruna Paiva
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2018 (1 - 70)
2019 (71, 72, 73,74)

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

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ricardo Ribeiro Martins
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais
e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações
Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Virgílio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

Membros eleitos

Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Patrícia Silveira da Rosa
Pedro Elias Erthal Sanglard
Sumaya therezinha Helayel
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana
Patricia Mothé Glioche Béze

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Walberto Fernandes de Lima
Lílian Moreira Pinho
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Viviane Tavares Henriques
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Vera Regina de Almeida

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

Ertulei Laureano Matos
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Georgea Marcovecchio Guerra
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
Diretor-Presidente

Editorial

O ano de 2019 termina com incontáveis alterações no cenário jurídico nacional, que impactaram diretamente paradigmas tidos como substanciais em nosso sistema. À guisa de ilustração, a Lei nº 13.964/2019, cognominada de pacote anticrime, promoveu ampla reforma na legislação penal e processual penal. A Lei Geral de Informática, Lei nº 13.969/2019, além de reformular a política industrial com incentivos tributários para o setor de *hardwares*, abriu as portas para a automação em toda indústria nacional. A nova conformação política do País frente à eleição presidencial, a corrupção sistêmica, os incêndios na Floresta Amazônica e o vazamento de óleo nas praias brasileiras também polarizaram os debates, não raro, a partir de argumentos emotivos e ideológicos.

Priorizar a análise científica, quando o carrossel de acontecimentos direciona o debate social para um norte contrário ao pensamento crítico, é um dever para qualquer periódico científico e, como não poderia deixar de ser, para a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa perspectiva, nossa última edição de 2019 apresenta aos leitores uma variedade de temas jurídicos, que vão desde o estudo das relações processuais à compreensão jurídica dos eventos familiares.

A seção doutrina possibilita um profícuo estudo sobre temas como vícios materiais de inconstitucionalidade em lei que versa sobre manifestações da cultura popular, desenvolvimento e interação da relação jurídica processual, aposentadoria voluntária do servidor público, sucumbência nas ações coletivas, controle judicial sobre atos políticos, democracia e estado de direito, os princípios fundamentais que regem a atividade das ouvidorias e, ainda, o Ministério Público na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica, mancomunhão de bens e acordo de não persecução penal. Como se constata, são temas atuais e de indiscutível relevância jurídica, além de terem sido objeto de análise por renomados colaboradores.

No observatório jurídico, o constitucionalista Jorge Miranda apresenta suas reflexões sobre a consciência da cidadania ativa e a ética republicana; e o tributarista Ives Gandra, no texto “Quando os bons atrapalham”, aborda a questão do sistema tributário nacional, ao seu ver catastrófico diante da legislação regulamentar de todas as atividades.

O exercício das funções institucionais do Ministério Público é retratado na seção *Peças Processuais*. Manifestações e petições jurídicas trazem à baila as reflexões daqueles que militam em prol da população. As peças selecionadas para essa edição exemplificam e enobrecem o cotidiano institucional, seja pela relevância dos temas, seja pela complexidade de demandas que, na atualidade, cada vez mais exigem uma intervenção ministerial combativa e eficiente.

Na “Memória Institucional”, o destaque é a entrevista realizada com Márcia Maria Tamburini Porto, Rogério Pacheco Alves e Cláudio Henrique da Cruz Viana,

destacados membros do Ministério Público fluminense, e José Muiños Piñeiro Filho, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deixaram suas impressões sobre o tema “Improbidade Administrativa – o enfrentamento no Rio de Janeiro”.

A seção *Jurisprudência* apresenta importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País. Corrupção de menores, responsabilidade civil de pessoa jurídica prestadora de serviço público e retificação do nome e do gênero sexual são os temas dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Revista pessoal realizada por agente de segurança privada, inaplicabilidade do princípio da insignificância em sede de responsabilidade civil ambiental e lei processual no tempo são os temas dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, agradecemos aos autores a colaboração e lembramos que nossa Revista conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo para incrementar a democratização do saber.

Uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas <i>Elie Pierre Eid</i>	17
A emenda da vaquejada e o efeito <i>backlash</i> <i>Eliseu Antônio da Silva Belo</i>	51
Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria <i>Emerson Garcia</i>	71
Ganha, mas não leva. Por que o vencido nas ações civis públicas não paga honorários sucumbenciais ao Ministério Público? <i>Heloisa Carpena</i> <i>Renata Ortenblad</i>	79
Controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante abuso de poder <i>Huston Daranny Oliveira</i>	93
Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal <i>Jorge Miranda</i>	119
Democracia concomitante e Ouvidorias <i>Luiz Fabião Guasque</i>	137
O Ministério Público nas ações de família: intervenção na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica <i>Mario Moraes Marques Junior</i>	145
Divórcio, mancomunhão e taxa de ocupação: questões relevantes. Dissolução conjugal e seus reflexos enquanto pendente partilha de bens <i>Raphael Le Cocq</i>	157
A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública <i>Renee do Ó Souza</i>	167

Observatório Jurídico

Princípio da igualdade e nomeações de familiares <i>Jorge Miranda</i>	195
Quando os bons atrapalham... <i>Ives Gandra</i>	197

Peças Processuais

Pareceres

Parecer Administrativo. Consultoria Jurídica. Procuradoria-Geral de Justiça. Análise acerca da possibilidade de se estabelecer critérios, nos editais de licitação do Ministério Público, que priorizem a contratação de sociedades empresárias aderentes ao “Programa Empresa Cidadã”, instituído pela Lei nº 11.770/2008. <i>Emerson Garcia</i>	203
--	-----

Parecer Administrativo. Dúvida de atribuição. Dúvida suscitada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital sobre atribuição para atuar nos autos de procedimento, cujo objeto é analisar a regularidade das alterações estatutárias da Confederação Brasileira de Futebol e sua adequação à Lei nº 9615/1998 (Lei Pelé).	
<i>Marlon Oberst Cordovil</i>	215

Peça

Parecer Judicial. Agravo de Instrumento. Pretensão de efetividade do direito fundamental à igualdade de pessoas em situação desigual. Portadores de deficiência ou mobilidade reduzida com necessidade de adequação da estação ferroviária de Agostinho Porto, para viabilizar o acesso ao serviço de transporte.	
<i>Luiz Fabião Guasque</i>	227

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória	245
Improbidade Administrativa – o enfrentamento no Rio de Janeiro	247

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

<i>Habeas Corpus</i> nº 157.306 / São Paulo. Processual Penal. Crimes de associação criminosa e de corrupção de menor. Artigo 288 do Código Penal e artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990. Pretensão de trancamento da ação penal. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Audiência de apresentação. Exame dos pressupostos da prisão em flagrante. Ausência de juízo acerca do mérito de eventual ação penal. Inexistência de constrangimento ilegal.	
<i>Primeira Turma, 25.09.2018</i>	281

Jurisprudência Cível

Recurso Extraordinário nº 598.356 / São Paulo. Responsabilidade Civil. Serviço Público. Furto. Posto de pesagem. Veículo.	
<i>Primeira Turma, 8.05.2018</i>	309

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 670.422 / Rio Grande do Sul. Direito Constitucional e Civil. Registros públicos. Registro civil das pessoas naturais. Alteração do assento de nascimento. Retificação do nome e do gênero sexual. Utilização do termo transexual no registro civil. O conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual. Discussão acerca dos Princípios da Personalidade, Dignidade da Pessoa Humana, Intimidade, Saúde, entre outros, e a sua convivência com Princípios da Publicidade e da Veracidade dos Registros Públicos. Presença de repercussão geral.	
<i>Plenário, 11.09.2014</i>	319

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

<i>Habeas Corpus</i> nº 470.937 / São Paulo (2018/0250223-0). <i>Habeas Corpus</i> . Substitutivo de Recurso Próprio. Tráfico de drogas. Ilícitude da prova. Revista	
--	--

Pessoal realizada no agente por integrantes da Segurança Privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. Impossibilidade. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

Quinta Turma, 04.06.2019. **327**

Jurisprudência Cível

Agravo em Recurso Especial nº 667.867 / São Paulo (2015/0041944-0). Direito Ambiental. Agravo em Recurso Especial. Responsabilidade civil. Inexistência de dissídio. Não há similitude entre os julgados. Princípio da Insignificância. Inaplicável em sede de responsabilidade civil ambiental. Derramamento de óleo. Poluição. Degradação ambiental.

Segunda Turma, 17.10.2018. **337**

Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.255.986 / Paraná (2018/0046860-4). Corte especial. Honorários advocatícios de sucumbência. Direito intertemporal: art. 20 do CPC/1973 vs. art. 85 do CPC/2015. Natureza jurídica híbrida, processual e material. Marco temporal para a incidência do CPC/2015. Prolação da sentença. Preservação do direito adquirido processual.

Corte Especial, 20.03.2019. **355**

Noticiário

MPRJ empossa três novos Promotores de Justiça substitutos **401**

Procurador-Geral de Justiça participa do encerramento do *VI Brics Legal Forum 2019* **403**

MPRJ realiza eleição para indicação de membros para composição do CNMP **405**

Procurador-Geral de Justiça reúne-se em Brasília com o PGR Augusto Aras **407**

MPRJ abre a 4ª edição da Semana do Servidor **409**

PGJ recebe medalha da Emerj em homenagem ao Procurador de Justiça aposentado Sergio Demoro Hamilton **411**

MPRJ discute a modernização do Código de Processo Penal com membros do Ministério Público brasileiro **413**

MPRJ participa do X Encontro Nacional de Memoriais do Ministério Público **415**

MPRJ sedia o VII Fórum de Ouvidorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro **417**

MPRJ sedia evento em comemoração aos 30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança **421**

MPRJ dá posse a cinco novos Procuradores de Justiça **425**

MPRJ realiza cerimônia de premiação do “Hackfest 2019: Um Rio de dados” **427**

MPRJ realiza sessão solene de entrega do Colar do Mérito e da Medalha Annibal Frederico de Souza **429**

MPRJ comemora Semana do Ministério Público **441**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **443**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas

Elie Pierre Eid*

Sumário

1. Introdução. 2. Desenvolvimento e interação da relação jurídica processual. 2.1. Perfil teórico de relação processual como figura estática. 2.2. Dinâmica e interatividade da relação processual. 2.3. Legitimidade e interesse para a relação jurídica processual. 3.1. Bilateralidade da relação processual pelo critério da oportunidade. 3.2. Multilateralidade de interesses pelo direito material. 3.2.1. Interesses pressupostos e divergência de interesses. 3.2.2. Sobre a chamada “despolarização” da relação processual. 4. Legitimidade pelo interesse para a adequada posição processual. 4.1. Superação do critério da oportunidade e opção pela legitimidade para a posição processual. 4.2. Mecanismos processuais para tutela de posições jurídicas multilaterais. 5. Conclusões. Bibliografia.

Resumo

O presente texto examina a complexidade do interesse jurídico na determinação da legitimidade para a demanda. Procura demonstrar que, classicamente, costuma-se trabalhar com categorias pressupostas quanto às partes e aos terceiros, a fim de facilitar na descrição de fenômenos processuais, mas irreais diante da variedade de fatores que influenciam na composição subjetiva da demanda.

Palavras-chave: Relação jurídica processual. Multilateralidade. Legitimidade. Interesse jurídico.

1. Introdução

Após enlace de noivado, o casal decide adquirir, conjuntamente, imóvel onde irão conviver. Durante a execução do contrato, a construtora pratica inúmeros atos de inadimplemento. Noivo e noiva divergem quanto ao destino a ser dado ao contrato, pois um deles pretende a manutenção da relação contratual e o ressarcimento dos prejuízos, enquanto o outro quer a resolução do negócio além da devida indenização.

Três pessoas decidem celebrar contrato de prestação de serviços, com obrigações e direitos recíprocos. Uma delas percebe que contratou induzida em erro

* Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor. Advogado.

provocado por apenas um dos contratantes e decide propor demanda anulatória. O terceiro contratante, alheio à produção do vício e à manifestação de vontade viciada, sabe que deverá participar do processo para evitar ineficácia da sentença, mas sabe também não deter qualquer relação com o evento narrado e apenas lhe interessa ver sua obrigação satisfeita.

Com o uso recente de máquina industrial de propriedade de duas sociedades empresárias, surgem vícios desconhecidos ao tempo da aquisição do bem. Notificado, o fabricante afirma que não providenciará qualquer reparo, pois o defeito evidenciado foi causado por culpa das proprietárias. Surge, então, impasse, pois uma delas deseja enjeitar a coisa, ao passo que, para a outra, interessa apenas o abatimento do preço para dar continuidade às suas atividades.

Determinada embarcação sofre sérias avarias ao longo de sua jornada de transporte marítimo comercial. Parte das mercadorias se perde em razão de péssimas condições climáticas repentinas, tempestades inesperadas e, até mesmo, saques feitos por contrabandistas do mar. Ao aportar no destino, a regra impõe prévia apuração dos danos ao desembarque das mercadorias, pois aqueles que tiveram seus bens a salvo respondem pelos prejuízos experimentados pelos demais. A legitimidade para propor a demanda é conferida a qualquer dos contratantes do frete, podendo figurar como autor mesmo aquele que futuramente deva ressarcir os lesados pelos eventos narrados e, como réu, o beneficiado por esse ressarcimento. Contudo, considerando serem vários os contratantes, cada qual deseja uma forma específica de ressarcimento, inexistindo entre eles, portanto, concordância em relação ao modo de reparação dos prejuízos.

Exemplos tão díspares como esses possuem, no entanto, um ponto em comum: revelam a dificuldade em se precisar a legitimidade dos polos ativo e passivo da demanda quando entre os sujeitos integrantes da relação jurídica de direito material ocorrer intensa divergência de interesses. Em muitas ocasiões, pressupor a bilateralidade de conflitos ignorará a dinamicidade e a oposição de interesses entre legitimados e revelará a incapacidade de o processo civil absorver posições jurídicas multilaterais.

Normalmente, se atribui à configuração subjetiva da demanda característica estática, o que causa dificuldades em se encontrar soluções para casos de disparidade de interesses entre sujeitos que ocupam o mesmo polo da demanda ou que pretendem formas diversas de tutela jurisdicional quando titulares de mesma pretensão. Tais situações revelam a insuficiência do clássico modelo de configuração subjetiva *autor-réu*, que vem sendo, cada vez mais, evidenciada por complexas formulações de conflitos, sejam eles individuais ou coletivos.

Diante desse contexto, procura-se examinar aspectos da determinação de legitimidade com base em interesses divergentes e quais mecanismos existentes podem proporcionar integral proteção a posições processuais multilaterais, muitas das quais estão baseadas em direitos incompatíveis entre si.

2. Desenvolvimento e interação da relação jurídica processual

Ainda hoje, a teoria da relação jurídica processual angaria inúmeros adeptos e, em retrospectiva histórica, foi fundamental para o desenvolvimento de diversos institutos processuais. A clássica concepção, atribuída com maior vigor a Oskar von Bülow,¹ que a encarava como figura estática, limitada ao modelo geométrico triangular polarizado por autor, réu e juiz, não permaneceu por muito tempo infensa a críticas.

Parte delas não negava sua existência, mas questionava o perfil estrutural desenvolvido por Bülow, por entender ser relação limitada aos sujeitos parciais do processo.² Outra parcela, questionando por argumentos diversos entre si a validade da ideia, passou a admitir que posições processuais subjetivas, nascidas em caráter subsequente para autor e réu mediante posturas ativas e passivas, são representadas por *situações jurídicas*. A ausência de uniformidade teórica em se admitir as situações jurídicas processuais pode ser verificada com a análise dos fundamentos desenvolvidos por Goldschmidt no século XIX, distintos daqueles atualmente defendidos por Paula Costa e Silva, que, por sua vez, são dissonantes das razões trazidas pela doutrina brasileira, a qual também não é uníssona.³

¹ É reconhecido, contudo, que o embrião do conceito de relação processual já havia sido cunhado por Bulgaro com a célebre expressão de que o processo é *actum trio personarum*. Muito embora seja creditada a Bülow, sistematização dos elementos que identificam uma relação jurídica processual, a ideia já havia sido desenvolvida antes dele, sobretudo com a noção de *Rechtsverhältnis* defendida por Hollweg (para uma abordagem abrangente a respeito, cf. REIMER, Philipp. *Verfahrenstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 170-173).

² Não se pode negar que havia dissidências entre os adeptos da teoria da relação jurídica processual que, a seu modo, faziam críticas à concepção de Bülow. A oposição feita por Kohler tornou famosa a concepção que admitia a existência de uma relação processual, mas limita a autor e réu, da qual não era integrante o juiz (para uma riquíssima exposição das diversas posições, confira-se a apresentação de Jacobo López Barja de Quiroga à reedição da obra de James Goldschmidt, intitulada *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, vol. III – el proceso como situación jurídica, uma crítica al pensamiento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 15-36). Outros célebres processualistas, como Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, igualmente adeptos da teoria da relação jurídica, não deixaram de apresentar críticas ao conceito inicial, aportando noções próprias da interação entre as partes e entre estas e o juiz. Interessante notar que, ao longo do tempo, a crítica era direcionada mais à visão que Bülow apresentava sobre a relação jurídica processual que à própria teoria, a qual era tomada como premissa de estudo por esses processualistas. Como exemplo atual, veja-se que Marinoni, muito embora assumia a existência de uma relação jurídica processual, não deixa de afirmar a necessária revisão conceitual à luz da Constituição Federal (Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 852, out. 2006, p. 11-37).

³ A ideia de situação jurídica processual nem sempre foi obtida por meios uniformes. Muito embora seja recorrente entre diversos autores, identifica-se variação de premissas no seu emprego metodológico. Seria necessário ter, como antecedente, precisão quanto ao conceito de situação jurídica, variável a depender das bases de Teoria Geral do Direito adotadas. Basta lembrar que a concepção de situação jurídica processual é essencialmente diferente entre Goldschmidt (*Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 132), que tinha como ponto de partida o direito material e o direito a uma sentença, e, para ficarmos com um último exemplo, Paula Costa e Silva (*Acto e Processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 150), que se inspira profundamente na específica concepção de José de Oliveira Ascensão. A citação a esses autores evidentemente não exclui muitos outros que derivaram por caminho que reconhece no processo a existência de situações jurídicas, nem mesmo negando-as quando se tem por base o reconhecimento de uma relação processual desenvolvida por situações jurídicas ativas e passivas. Não é demais lembrar que, no Brasil, a teoria de Marcos Bernardes de Mello exerceu forte influência sobre certos setores da doutrina processual civil para o desenrolar de mais uma vertente que defende a situação jurídica processual (cf., por todos, DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, cap. 1, nº 3). Como dito, mesmo em território nacional não há uniformidade conceitual acerca de situação jurídica processual, diferindo dessas posições a de José Maria Rosa Tesheiner,

A despeito disso, é seguro dizer que a teoria da relação jurídica processual ficou consagrada como corrente amplamente aceita para definir os vínculos entre as partes e destas com o juiz, ainda que seja necessário um aprofundamento crítico de sua atual utilidade, em razão da complexidade decorrente de categorias como ônus, deveres e facultades. Coisa diversa de admitir a relação jurídica processual é saber em que medida, atualmente, a teoria não mereceria profunda revisão para acomodar inúmeros fenômenos de manifestação subjetiva no processo.⁴ A tentativa de se traçar um desenho conceitual para a relação jurídica processual (como o triangular de Bülow ou o angular de Kohler) pode se mostrar incapaz de refletir a complexidade e dinamicidade de interesses de sujeitos legitimados para os polos da demanda ou não espelhar os variados vínculos entre partes e terceiros.⁵

Por isso, a clássica concepção de relação jurídica processual, concebida sob uma visão estática, não deve servir de barreira para considerar as múltiplas interações e interferências subjetivas que ocorrem no curso do processo.

2.1. Perfil teórico de relação processual como figura estática

Ao afirmar a existência de pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo, Bülow identificou requisitos específicos para afirmar a existência de uma relação jurídica estabelecida entre as partes e entre estas e o juiz⁶. Essa visão deve ser creditada às bases teóricas anteriormente construídas por Wach, aderente da ideia segundo a qual a relação processual se estabelecia entre esses mesmos sujeitos, com base na proposição de que o processo é meio de realização da pretensão a uma tutela jurídica exercida frente ao Estado.⁷ Kohler, de acordo com a existência de uma relação jurídica autônoma formada no processo, sustentava que esta somente se estabelecia entre autor e réu, em uma figura linear⁸, ao passo que, para Hellwig, a relação se estabelecia somente entre juiz e partes. Carnelutti, ainda, admitia que a relação jurídica processual se caracterizava também pelo dever imposto ao juiz de se pronunciar sobre a demanda e pelo direito das partes de ver a demanda solucionada, reconhecendo se tratar de uma relação única e permanente.⁹

com enfoque direcionado à dinamicidade da própria relação processual (Situações subjetivas e processo. In: *Revista de Processo*, nº 107, jul.-set., 2002, p. 22). Não obstante isso tudo, é forçoso reconhecer que, ao se contrastar a teoria da relação jurídica processual com a teoria de que no processo haveria situações jurídicas, é absolutamente necessário ter como ponto inicial a consciência de qual será o marco teórico que embasa o conceito de situação jurídica adotado. Do contrário, estaremos diante de inúmeros conceitos de situação jurídica diversos, fazendo, cada qual ao seu modo, oposição à relação processual, sem se encontrar uma unidade crítica.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 431-433.

⁵ CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. vol.1. Padova: CEDAM, 1985, p. 148-156.

⁶ *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

⁷ QUIROGA, Jacobo López Barja. Presentación. In: *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. vol. III.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1956. vol. 1. 1t. p. 28.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale: postilla. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 5, nº1, p. 23-37, 1928.

Todas essas concepções de relação jurídica processual foram construídas sob uma visão estática de vínculos intersubjetivos.¹⁰ O conceito de relação jurídica, amplamente desenvolvido por Savigny¹¹, foi importante para evolução de diversos ramos do direito privado e inegavelmente influenciou a formação da teoria da relação jurídica processual, a qual contou com a grande efervescência do conceitualismo da escola pandectista.¹²

A visão dualista de vínculos, limitados a uma perspectiva bipolar e contraposta entre os sujeitos parciais do processo, podia ser justificada pela grande influência privatista exercida sobre o conceito de relação jurídica no século XIX¹³, embora, desde a gênese da relação jurídica processual, se afirmasse ser de natureza pública. Conquanto tivesse recebido grande acolhida da doutrina e mostrado sua utilidade para o desenvolvimento de outros institutos¹⁴, a relação processual não demorou para sofrer críticas quanto à sua insuficiência.¹⁵ Invrea, em 1932, já havia percebido a incapacidade daquele modelo clássico de retratar a dinamicidade das posições processuais, por entender necessária a formulação de *estados jurídicos processuais* como superação da visão de relação jurídica processual única e permanente por uma seqüela de sucessivos estados processuais representados por posições jurídicas das partes.¹⁶

¹⁰ COSTA E SILVA, Paula. Acto e processo, p. 95, que também afirma ser estática a concepção de situação jurídica processual de Goldschmidt. Para a processualista portuguesa, a estática é inerente ao conceito de relação jurídica, pois “dizer que o processo se concebe como relação dinâmica não resolve os problemas. Aquilo que se quer eventualmente representar através desta descrição é que o processo comporta situações processuais variáveis ao longo da sua vida” (p. 96-97). A grande relevância em examinar o perfil estático ou dinâmico da relação processual, como bem destacado por Heitor Vitor Mendonça Sica, está no instituto da preclusão, ao demonstrar que as posições ativas e passivas das partes, assim como as posições jurídicas assumidas pelo juiz, compõem uma cadeia de situações jurídicas da qual o fenômeno da preclusão é a sua “força motriz” (Preclusão processual civil, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96). No mesmo sentido de que a relação processual é um sistema de vínculos em que há complexidade de situações jurídicas, v. COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 64-69.

¹¹ *Sistema del Derecho Romano actual*. t. IV. Madrid: F. Góngora y Compañía editores, 1879.

¹² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 504-505. O que fez com que muitos anos depois Fazzalari criticasse duramente o conceito de relação jurídica processual, afirmando que teoria teria percorrido um caminho histórico estranho e que se tratava de um “vecchio e inadatto cliché pandettistico” (Istituzioni di diritto processuale, IV edizione. Padova: CEDAM, 1986, p. 71). Também por conta da construção conceitualista, Dinamarco atenta que “a relação processual não é perceptível aos sentidos, como os atos que integram o procedimento. Resulta de um conjunto de abstrações próprias dos juristas” (Instituições de direito processual civil. vol. II, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 225).

¹³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 532-533.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Rapporto giuridico processuale e litispendenza. In: *Rivista di diritto processuale civile*. vol.8, nº1, p. 3-24, 1931.

¹⁵ Ainda na década de 30 do século XX, Savatore Satta, em sua prolusão ao curso de Direito Processual da Universidade de Padova, endereçava fortes críticas à teoria da relação jurídica processual, negando sua existência no então vigente ordenamento italiano e, de certo modo, confrontando o pensamento de Chiovenda. Dizia que “la concezione del rapporto giuridico processuale non è soltanto un errore teorico: essa ha influenzato sfavorevolmente la costruzione di parecchi istituti, come litispendenza, la perenzione, la cosa giudicata medesima, i presupposti processuali, che ricevono da essa una interpretazione pubblicistica affatto disforme della realtà.” (Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo. In: Soliloqui e colloqui di un giurista: ILLISO, 2004, p. 175). Edoardo Grasso, em seu ensaio sobre a colaboração no processo civil, afirma que a fórmula de Bulgaro nada mais fez que descortinar a ligação entre o antigo e o moderno pensamento jurídico, reconhecendo, ainda, que após sua criação, a teoria da relação jurídica processual não teve uma vida fácil (La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, vol. XXI, p. 580-581, nº 2).

¹⁶ La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. In: *Rivista do Diritto Processuale Civile*, 1932, vol. 9. nº 1. p. 42-44.

Pode-se creditar a alguns fatores, preponderantemente históricos, a visão estática sobre a relação jurídica processual. A perspectiva dos conflitos eclodidos no tecido social da época se conotava por vínculos eminentemente privados, bilaterais, por contraposição de interesses de pouquíssimas partes. Além disso, a dinâmica do procedimento, com ônus, deveres, poderes e faculdades que extrapolavam qualquer figura geométrica e que mostravam a intensa modificação de posições processuais, restou negligenciada possivelmente por, até então, ainda se atribuir ao conteúdo do contraditório simples bilateralidade de audiência, já que, somente posteriormente, novas dimensões dessa garantia passaram a ser objeto de preocupação da doutrina processual.¹⁷

Outros fatores também parecem ter contribuído sobremaneira para esse perfil estático, especialmente no campo da legitimidade pautada na contraposição de interesses de alguém que se afirma titular de um direito e de outrem que se nega a reconhecê-lo, fomentada pelo conceito de lide de Carnelutti¹⁸. A partir dessa contraposição de interesses bilaterais, foi reforçada a noção segundo a qual a legitimidade ativa e passiva para a demanda seria avaliada mediante transposição espacial das posições ocupadas por autor e réu na relação jurídica de direito material. Não que esse critério apresente alguma incorreção, mas, em dado momento, a complexidade dos conflitos e dos interesses defendidos no processo revelou a incapacidade combinatória entre posições ocupadas no plano material com as posições estanques na relação jurídica de direito processual.¹⁹

A figura estática que serviu de base para a teoria da relação jurídica processual está inserida em específica perspectiva histórica e em realidade social completamente diversa daquela encontrada já nos primeiros anos do século XX. Sua gradual incapacidade de refletir a complexidade subjetiva dos conflitos e dos interesses

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 166. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, p. 97.

¹⁸ Parece-nos que o conceito de lide de Carnelutti também exerceu grande influência na consolidação da figura estática de relação processual e ficou muito enraizada na doutrina brasileira (conforme se observa, por exemplo, em GIORGIS, José Carlos Teixeira. A lide como categoria comum do processo. Porto Alegre: Fabris, 1991), mesmo que tenha havido por parte desse processualista sensível revisão conceitual após críticas feitas por Calamandrei em Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, p. 3 e 89. A noção de pretensão resistida contribuiu para sedimentar visão meramente bilateral de conflitos a partir, de um lado, do nascimento de uma pretensão a favor de alguém e, de outro, de outrem que a ela resiste não desejando satisfazê-la, esclarecido por Carnelutti não como o conflito de interesses, o que poderia ser um dado natural quando da eclosão de um conflito, mas pela resistência a um deles (cf. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 54). Esse conceito foi igualmente relevante para construção da categoria interesse processual (a respeito, cf., LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1 Rio de Janeiro: Forense, p. 155-156) e, aqui, exerceu forte influência para concepção de interesses bilaterais diante de um conflito. Válido notar que, mesmo quando um terceiro interesse estava em jogo, antagônico ao de autor e réu, a ideia de lide de Carnelutti foi utilizada como forma de solução de impasses na conformação subjetiva da demanda. A esse respeito, v. solução dada por José Miguel Garcia Medina ao caso em que um dos legitimados ativos para o litisconsórcio necessário se recusa a propor a demanda com os demais e passa a ser tratado como réu (Litisconsórcio ativo necessário. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, nº 88, p. 285 e s.).

¹⁹ Para o que Chiovenda já atentava ser um problema quando "più persone si presentano come possibili interessati, attivamente, o passivamente, in una azione" (*Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1923 (ristampa, 1980) p. 152).

em jogo não negou sua validade, mas, em pouco tempo, rendeu a necessidade de sua adaptação.²⁰ Pela análise das posições processuais ocupadas na dinâmica do procedimento, percebeu-se que a figura estática de relação jurídica processual não explicaria certos fenômenos tais como a perda de um direito ou de uma faculdade por inatividade processual ou a criação de ônus e deveres às partes pela utilização dos poderes do juiz,²¹ além dos variados deveres que nascem com a necessária observância das garantias processuais.²²

Outro aspecto de influência preponderante nessa concepção estática está na estruturação dos princípios que regem os sujeitos parciais do processo. A doutrina processual faz referência ao princípio da dualidade de partes, de forma que o processo deve ser constituído por ao menos duas partes com interesses contrapostos. Esse modelo de organização do processo invariavelmente contribuiu para limitar a visão sobre a relação jurídica processual, por se conferir a ela a figura de interesses bilaterais contrapostos, sob feição privatista de satisfação de direitos subjetivos mediante sujeição, especialmente porque a justificativa de tal princípio refere-se *“a las posturas subjetivas identificables en el proceso y no al numero de personas que intervengan en el mismo”*.²³ Não por acaso, o princípio da bilateralidade de partes fez esconder a variabilidade de posições processuais e de atuações dinâmicas e atípicas em decorrência da ausência de perfeita correspondência com o modelo legal de interação entre partes e terceiros.

Essa crítica não pretende negar a relevância da clássica concepção da teoria da relação jurídica processual, mas demonstrar sua necessária revisão para adaptar seus elementos à realidade dinâmica de posições jurídicas processuais.²⁴ Mostra-se imperioso superar a oitocentista preocupação geométrica e passar a perceber quais mecanismos poderiam atender a posições multilaterais proporcionadas por interesses jurídicos variados estabelecidos no plano material. Desse modo, a feição estática de relação jurídica processual nada mais significa, nos dias de hoje, que relevante fundamento histórico da ciência processual, mas insuficiente para abarcar toda a interação da atuação das partes.

²⁰ Também no plano do direito material, parece ter havido grande aceitação e, por muito tempo não contestada, a figura bilateral da relação jurídica. Salvatore Pugliatti, já na parte introdutória de seu alentado estudo sobre a relação jurídica unissubjetiva, observa que uma premissa pouco controlada é a seguinte: *“che l'eventuale pluralità di soggetti debba, perchè la nozione predetta rimanga integra, ridursi alla dualità delle posizioni: di modo che i soggetti del rapporto, qualunque sia il loro numero, si vengano sempre a raccogliere in due gruppi, quello che tiene la situazione attiva e quello che occupa la posizione passiva”* (Il rapporto giuridico unissoggettivo, in Studio in onore di Antonio Cicu, volume secondo. Milano: Giuffrè, 1951, p. 158).

²¹ GRASSO, Edoardo. Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 641-642.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional*. p. 11-13.

²³ MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*. vol. I. Barcelona: Bosch, 1986, p. 277.

²⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959, p. 52-53.

2.2. Dinâmica e interatividade da relação processual

Dinamização e interatividade da relação processual podem ser percebidas de diversas formas. Uma delas, já apontada no tópico precedente, diz respeito ao fenômeno da preclusão com a criação de posições ativas e passivas, verificada uma cadeia harmonizada com a ideia de relação processual.²⁵

O enfoque a ser dado nesse momento busca destacar a dinamização e interatividade de modo mais intenso e mais amplo, com o relacionamento entre partes e destas com terceiros, o que, por vezes, pode evidenciar divergências na atuação de cada um deles.²⁶ O aspecto dinâmico ou estático do processo pode estar presente tanto nas relações processuais conotadas por bilateralidade, quanto por multilateralidade, sendo certo que o fator preponderante para essas categorias está nos interesses manifestados em juízo.

Como ponto de partida, tem-se que o epicentro dessas inter-relações está no objeto do processo.²⁷ A forma de interação das partes, além da interferência gerada em esfera jurídica de terceiros, reflete não só o contexto em que está inserido o direito debatido em juízo, como também a variedade de interesses que em torno dele gravitam, servindo de método de investigação das chamadas situações legitimantes.²⁸

Essas situações legitimantes são constatadas pela análise do direito material para determinar a legitimidade ativa e passiva da demanda, além de contribuírem na identificação do interesse da intervenção.²⁹ Conquanto sirvam para estabelecer um juízo de legitimidade na atuação dos sujeitos parciais do processo, exigem que o processo recepcione posições jurídicas assumidas no plano material, as quais não necessariamente serão bilaterais. Por muito tempo, a simples observação do conflito nos moldes de pretensão resistida importou não só na pressuposição de posições

²⁵ Novamente, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. p. 96.

²⁶ Ideia essa já exposta em outro estudo, mas de forma menos particularizada como agora é feito: *Litisconsórcio unitário*: fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, nº 1.2.1.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24

²⁸ Sobre as situações legitimantes, as palavras de Augusto Chizzini são valiosas para perceber a dimensão das variadas posições a serem ocupadas: "*Per l'interprete sorge, infatti, la necessità di definire sai in che misura la diversa tipologia della situazione legittimante possa ripercuotersi sull'istituto dell'intervento adesivo, e implichi, nella eventualità, una correlata susunzione in diversificate figure; sia, poi, come quella situazione sostanziale che funge da criterio di legittimazione conformi il contenuto delle posizioni processuali [...] Pare, invece, possibile concludere questo ordine di osservazioni con il rilevare che, se si intende con coerenza affermare che la differente situazione legittimante si ripercuote sulla disciplina processuale dell'intervento adesivo, si dovrà anche scindere la unità dell'istituto, e distinguere di conseguenza la pluralità di figure processuale, le une rispetto alle altre autonome ed indipendenti [...]*" (L'intervento adesivo, t. I. Padova: Cedam, 1992. p. 20). Em complemento a essa feição processual, Dinamarco bem destaca a influência do direito material sobre as situações legitimantes, afirmando que "à diversidade das espécies de pluralidade de partes (litisconsórcio e intervenção de terceiros, diversas modalidades de intervenção) corresponde uma gama também variada de situações legitimantes, ou seja, de hipóteses de direito material que colocam o sujeito em posição apta a figurar no processo ao lado de outros" (Litisconsórcio. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35), também ressaltando a importância das situações legitimantes, o clássico estudo de José Carlos Barbosa Moreira foi fundamental para apreensão do conceito entre nós: Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, p. 64.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

jurídicas assumidas pelos sujeitos – de exigência de um direito e de resistência a satisfazê-lo – como também na pressuposição de seus interesses.

Os contornos dados à demanda contribuem para delimitar esses interesses, mas não eliminam a possibilidade de que essa divergência se torne ainda mais complexa em litígios que envolvam uma gama de sujeitos em situações legitimantes que lhes permitam exigir a satisfação de um direito de variadas formas³⁰; sujeitos que ocupem o mesmo polo da demanda divirjam em relação à prática de determinado ato processual; ou, ainda, o modelo bilateral *autor-réu* da relação processual não comportar todos os interesses que gravitem em torno do objeto do processo.

A dinamicidade e interatividade da relação processual não se limita, portanto, à oscilação entre posições ativas e passivas de maneira homogênea entre demandante e demandado. Expande-se para compreender a influência de interferências exteriores no desenvolvimento dessa relação, típico caso de interesse de terceiros na demanda, assim como a imprecisão das estâncias posições ativas e passivas em não refletirem a divergência de interesses de sujeitos que ocupam o mesmo polo da demanda.

Não seria exagero algum constatar que a estrutura da relação processual, em diversas situações, é disforme com o exercício de faculdades e ônus em sentidos divergentes. Por muito tempo, o aspecto subjetivo da demanda desafiou poucos questionamentos a respeito dessa interação dos sujeitos legitimados, em larga medida devido à pressuposição de que os legitimados ativos sempre buscam um mesmo objetivo e os legitimados passivos buscam objetivo em sentido oposto.³¹ No contexto dessa noção de dinamicidade e interação da relação processual, os fenômenos que revelam o desgaste da visão bipolar podem ser inúmeros, por exemplo, quando a

³⁰ Essa problemática é fruto de reflexões doutrinárias há muitos séculos, sem, contudo, se perquirir sob o aspecto da pluralidade de partes. No tocante às pretensões que permitem mais de uma forma de satisfação predisposta pelo direito material, o concurso de ações sofreu evoluções, desde os primórdios, a respeito principalmente da exata compreensão do brocardo *electa una via non datur regressus ad alteram* (cf. PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano*, volume secondo. Turino: Torinese, 1910, p. 879). Savigny, em valoroso estudo do concurso de ações, dedica especial atenção ao critério da satisfação como elemento a gerar a extinção das ações concorrentes. Por essa concepção, ficou devidamente registrado que, no período Justinianeu, o critério da satisfação mitigou consideravelmente a *electa una via non datur regressus ad alteram* (*Sistema del Derecho Romano actual*. p; 167-168). Tal brocardo, que por muito tempo fez parte do critério de eliminação de demandas concorrentes, atualmente pode representar óbice ao acesso à justiça e à completa satisfação de direitos: “trata-se de um fantasma do passado, a ser exorcizado definitivamente ou ao menos reduzido de modo considerável na sua capacidade de afugentar direitos e ações” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Electa una via non datur regressus alteram*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 914). Por isso, Barbosa Moreira, em estudo dedicado a essa questão, chega a assentar que “rejeitada a primeira, não há impedimento de direito processual ao exercício da segunda. Pouco importa que no processo anteriores haja tido por inexistente o fato de estar defeituosa a coisa: a mera solução da quaestio facti é inescusável de adquirir a auctoritas rei iudicateae” (Quanti minoris, In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 212).

³¹ A esse respeito, Heitor Sica assevera que “esse problema despontaria ainda mais grave em um conflito plurilateral, como aqueles ocorridos no seio de uma sociedade empresária ou durante um concurso público, nos quais é inviável identificar quais dos demais sujeitos são *cointeressados* ou *contrainteressados* em relação ao sujeito que veio a juízo. E mesmo os sujeitos que ocupam o mesmo polo das relações jurídica de direito material bilaterais podem ter interesses conflitantes e se colocarem em trincheiras opostas da relação processual (...)” (Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. In: *Revista de Processo*, 256, jul. 2016, p. 72).

divergência se verificar no plano material quanto ao destino a ser dado para a satisfação do direito violado; quando se verificar divergência de litisconsortes ativos ou passivos quanto à prática de determinado ato processual ou da atuação de cada um deles em juízo. Há, ainda, situações em que, diante de determinado conflito, a divergência sinaliza possível inadequação de uma posição processual para acomodar interesses de determinado legitimado diversos dos interesses de autor ou réu.

Todos esses casos mostram certa insuficiência de um modelo bipolar de relação processual *autor-réu*.³²

No primeiro deles, fruto de boa parte dos exemplos usados na parte introdutória deste ensaio, fica evidente a limitação de se reproduzir no plano processual a real formatação do litígio a partir dos interesses surgidos no plano material. As posições e interesses assumidos pelos legitimados trazem à tona a existência de formatos multilaterais de relações jurídicas, por vezes impossíveis de serem retratadas fielmente no padrão subjetivo admitido pelo processo civil, seja individual ou coletivo. A existência de um interesse que aponte em sentido diverso ao da simples resistência bilateral destaca a incapacidade de se agrupar numa mesma relação jurídica processual interesse destoante daquele manifestado por autor e réu. Nesse sentido, não há propriamente modelagem procedimental que assimile a divergência de interesses entre titulares de um mesmo direito ou que permita arbitrar a razão desses sujeitos pela adequada posição processual. Aqui, enxergam-se com maior vigor as posições processuais, definindo-se por um critério de oportunidade determinado pela primeira demanda proposta.

Por isso, nesses casos, não se percebe uma aderência perfeita entre posição processual, legitimidade e interesse, ocorrendo, portanto, um desvirtuamento da situação legitimante. Conquanto esses sujeitos devam figurar no processo, o exercício de ônus e faculdades deixa de ser feito em atenção à adequada posição processual que deveria corresponder à real posição ocupada no plano material, da qual se extrairia a direção em que aponta o interesse do legitimado. A divergência e discordância de interesses, quando não constatada no plano material, mas na conflituosidade entre sujeitos ocupantes de um mesmo polo da demanda, traz grandes problemas para a disciplina dos atos processuais.³³ Essa interação, nem sempre harmoniosa, indica ser necessária uma disciplina específica e mais abrangente da relação entre litisconsortes, como timidamente dispõe o artigo 117, CPC.³⁴ Ainda que se recorra à

³² Essa temática vem sendo amplamente estudada em diversos países como forma de demonstrar a urgência em soluções que adaptem o modelo clássico do processo civil clássico aos modernos conflitos. De forma abrangente, diversas expressões já foram cunhadas para retratar as ideias contidas no texto como *multi-party litigation* ou *complessità processuale*, fruto de estudos que apontaram para a premente exigência de mudança. Amplamente, confira-se a coletânea coordenada por Angelo Dondi (*Elementi per una definizione di complessità processuale*. Milano: Giuffrè, 2011), que reúne textos de processualistas de diversos países europeus, assim como a coletânea coordenada por Viktoria Harsági e C.H. van Rhee (*Multi-Party redress mechanisms in Europe: speaking mice? Mortsel: Intersentia*, 2014).

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*, p. 162-163.

³⁴ Bastaria notar que a doutrina teorizou a interferência dos atos processuais partindo-se de uma divisão entre prejuízo e benefício, com clara influência na redação do artigo 117, CPC (por todos, cf. BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio unitário*, p. 162 e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, p. 168).

figura da legitimidade *ad actum*, como expressão da pertinência subjetiva para a prática do ato processual, poucas são as alternativas encontradas no sistema processual para conter a divergência entre litisconsortes, sobretudo quando essa postura conflituosa impede aferir com precisão benefício ou prejuízo do ato processual para, então, classificá-lo como indutivo ou causativo para fins de interferências recíprocas nas esferas jurídicas de cada parte.³⁵

Assim, dinamismo e interação da relação litisconsorcial descortinam fenômenos complexos e revelam que, de há muito, já não mais se verifica utilidade em um modelo estático de relação jurídica processual pautado em configuração de interesses meramente bilaterais. Todas as interferências internas e externas inerentes à projeção do objeto litigioso em partes e terceiros produzem múltiplos interesses e, por conseguinte, múltiplas posições jurídicas, as quais nem sempre serão perfeitamente recepcionadas pelas posições processuais originalmente predispostas.

2.3. Legitimidade e interesse para a relação jurídica processual

Legitimidade e interesse são atributos que devem pertencer a qualquer sujeito que pretenda exercer uma posição jurídica. Vale dizer: para praticar atos jurídicos, exercer direitos e possuir deveres, é imprescindível que se detenha essas qualidades. Em processo civil, interesse e legitimidade podem ser examinados como categorias autônomas, mas dissociá-los evidenciaria apenas a relevância de independência teórica entre eles e reafirmaria a figura estática da relação jurídica processual. Ressalvada a relevância categórica de cada um deles, parece ser mais proveitoso analisá-los de forma combinada, como já é feito costumeiramente, por exemplo, no processo coletivo com as noções de representatividade adequada e pertinência temática.³⁶ Pouco importaria alguém ter legitimidade, mas não deter interesse, assim como é irrelevante tentar examinar o interesse segregado da legitimidade, já que, em larga medida, o primeiro induz ao segundo.³⁷

Dessa forma, a legitimidade *ad causam* tem por pressuposto métrica de aferição mediante análise da relação jurídica de direito material deduzida em juízo ou o ordenamento jurídico como fonte. Saber se aquele que demanda ou em face de quem se demanda pode, de fato, exercer essa posição processual exige analisar se estes sujeitos integraram a relação de direito material ou se há permissão legal para tanto. A legitimidade, no entanto, deve estar em consonância com um interesse juridicamente relevante, como o interesse de agir, que encontra desdobramentos atrelados tanto ao direito material, quanto ao direito processual.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*, p. 162.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*. nº 301, p. 3-12.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II, p. 359, pela precisa afirmação de que a legitimidade *ad causam* é aspecto do interesse de agir.

Nesse sentido, a posição processual é determinada não só pela investigação da legitimidade, mas também pela identificação do interesse sustentado pelo legitimado³⁸. É o que normalmente ocorre com a determinação do interesse da intervenção que precede a delimitação da modalidade interventiva e, por conseguinte, da adequada posição que o terceiro ocupará no processo.³⁹ É o que deveria ocorrer para superação de um modelo que assume a investigação de legitimidade voltado à observação da relação jurídica de direito material, mas que somente conclui pelos sujeitos nela envolvidos e não pelos interesses que esses sujeitos sustentam. A atividade combinatória entre legitimidade e interesse, portanto, é imprescindível para identificar, além de legitimidade *ad causam*, a posição processual que melhor corresponde à posição jurídica assumida pelo sujeito integrante da relação de direito material.

3.1. Bilateralidade da relação processual pelo critério da oportunidade

Por bilateralidade da relação jurídica processual pode-se entender a contraposição vetorial entre interesse do autor e interesse do réu, como manifestação da clássica figura de pretensão resistida, mesmo na ocorrência de litisconsórcio ativo ou passivo.⁴⁰ As posições processuais de autor e de réu se identificam, entre outros elementos, pela divergência de interesses quanto ao resultado da demanda. O autor pretende o reconhecimento e a satisfação de um direito, enquanto o réu resiste a essa pretensão, proporcionando a mais simples configuração subjetiva de um conflito. A bilateralidade, em muitas situações, nasce ainda no plano material, momento em que se consegue identificar virtuais legitimados para relação jurídica processual. Ainda que haja processo, mas, em dado momento, esses interesses convirjam, como normalmente ocorre com a autocomposição, é possível dizer que a bilateralidade de interesses contrapostos foi, ao menos, um fato que existiu em certo momento do procedimento.

Em outras situações, no entanto, a bilateralidade ocorrerá não porque há apenas dois interesses contrapostos entre si, mas porque, por um critério de oportunidade, foram assim predispostos em juízo. Essa oportunidade está, essencialmente, atrelada ao ato de demandar e ao poder que detém o autor em fixar, em momento inicial, os sujeitos parciais do processo. Isso pode ocorrer, em primeiro lugar, pela já mencionada incapacidade de o processo conformar as variadas posições jurídicas do plano material, que, a despeito de se estruturarem multilateralmente, não encontram plena recepção no plano processual. Diante da diversidade de interesses que nascem aos legitimados e pela limitação do processo em abrigar somente posições bilaterais contrapostas,

³⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 108.

³⁹ CHIZZINI, Augusto. *Intervento in causa*. In: *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*. vol. X, IV edizione. Torino: UTET, 1994, p. 6-7.

⁴⁰ A visão acerca da insuficiência da figura bilateral do processo já havia sido bem identificada por Abram Chayes ao analisar os interesses envolvidos no chamado *public law litigation*. A esse respeito, bem pondera o autor que *"the lawsuit is bipolar. Litigation is organized as a contest between two individuals or at least two unitary interests diametrically opposed, to be decided on a winner-takes-all basis"* (The role of the judge in public law litigation. In: *Harvard Law Review*, vol. 89, may 1976, n° 7, p. 282).

a configuração subjetiva da demanda estabelecer-se-á por iniciativa do legitimado que primeiro a propôs, dela se utilizando para circunscrever o litígio à sua pretensão.

Não é incomum que esse cenário assim se estabeleça, tendo em vista se tratar de hipótese frequente em que, diante da ausência de concordância entre os legitimados para o polo ativo, aquele que primeiro ajuíza a demanda introduz no polo passivo quem, no entanto, titulariza posição ativa no plano material.⁴¹ Ou, ainda, ausente um legitimado necessário (virtualmente legitimado a ocupar o polo ativo da demanda), é promovida de ofício sua citação para responder à demanda.⁴²

O critério da oportunidade em se demandar também é determinante para, inicialmente, configurar quem serão os sujeitos parciais do processo. Esse mesmo critério reconduz a uma figura meramente bipolar no plano processual, relações jurídicas de direito material complexas, conotadas por interesses multilaterais, impondo que alguém ocupe posição processual destoante de seu interesse. A ausência ou insuficiência de mecanismos para adequar esses interesses no processo é, cada vez mais, evidente. Se no processo coletivo de há muito se nota o arcaísmo da configuração subjetiva *autor-réu*, no processo individual, está se experimentando com frequência a fraca abrangência de variadas posições jurídicas, como podem bem exemplificar os institutos que cuidam de repetição de demandas, as demandas voltadas à judicialização de políticas públicas, a simples divergência de interesses sobre o modo de satisfação do direito material etc.⁴³

Em segundo lugar, outra possível justificativa, até como consequência da primeira, é a ausência de mecanismos aptos a tutelarem adequadamente interesses que diverjam em sentido contrário àqueles já contrapostos de forma bilateral. Se bem analisadas, as hipóteses de cumulação subjetiva pouco têm a oferecer para contornar essa realidade. A intervenção de terceiros, delimitadas a situações de direito material muito específicas,⁴⁴ não é capaz de abrigar por completo casos em que há mais de dois interesses em contraposição, mostrando-se como mecanismos também insuficientes para proporcionar multilateralidade da relação processual. A formação do litisconsórcio, igualmente, pouco pode oferecer para contribuir com interesses multilaterais, seja porque não é capaz de proporcionar amplitude subjetiva além da bilateral, seja porque suas hipóteses de cabimento (artigos 113 e 114, CPC) estão baseadas em harmonia de interesses. Por outro lado, mecanismos como a oposição mostram-se os mais vocacionados a acomodar esse retrato de multilateralidade, já que sua utilização é justamente resguardada a um terceiro tutelar interesse seu diverso daquele detido por autor e réu. Contudo, o problema permanece quando os

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário, *in Revista de Processo*, 1997, nº 88, p. 285 e s.

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255, fiel ao conceito de lide como critério de determinação dos polos da demanda.

⁴³ Amplamente, *cf.* CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *In: Harvard Law Review*, vol. 89, may 1976, nº 7 e WAGNER, Gerhard. Collective redress – categories of loss and legislative options. London: Sweet & Maxwell, 2011.

⁴⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *In: Revista de Processo*, vol. 200, p. 13-70, 2011.

interesses multilaterais se manifestam numa mesma relação jurídica processual, do que se questiona se alguma técnica semelhante à oposição seria viável.

Por tudo isso, a delimitação subjetiva da demanda acaba definida de forma mais acentuada pelo critério de oportunidade, por haver poucos instrumentos específicos aptos à correção dessa configuração pelo interesse desses sujeitos, a não ser por uma releitura de alguns deles, como adiante será demonstrado.

3.2. Multilateralidade de interesses pelo direito material

Embora até aqui se tenha tratado a multilateralidade da relação jurídica processual em razão de diversos fatores, interessa, nesse momento, o exame de alguns elementos que impactam na redução bilateral de interesses multilaterais nascidos no plano material.

Esse recorte mostra-se importante na medida em que a divergência de interesses na atuação processual, sobretudo aquela observada entre litisconsortes, encontra, na análise dos atos indutivos e atos causativos, fonte importante de acomodação.⁴⁵ O que se pretende, nesse momento, é abordar aspectos da multilateralidade decorrente do direito material, a qual, como visto até aqui, não consegue se manifestar adequadamente no plano processual. Uma das formas de expressão da multilateralidade está, em larga medida, nas hipóteses em que o direito material confere mais de uma forma de tutela a um direito que é de titularidade de duas ou mais pessoas, intensificada pela pressuposição de interesses divergentes, como mais elemento que leva, novamente, à figura bilateral de relação jurídica processual.

Em razão dessas características, passa-se a analisar o diálogo entre os planos material e processual quando se está diante dessa forma de multilateralidade das relações jurídicas.

3.2.1. Interesses pressupostos e divergência de interesses

Um dos aspectos que contribuem para a inflexibilidade das posições processuais em absorverem relações jurídicas de direito material multilaterais está na construção e leitura de um sistema que gira em torno de *interesses pressupostos*. A pressuposição de interesses em conflitos envolvendo poucos ou muitos legitimados exerce inegável papel no sentido de delimitar a atuação das partes e predeterminar posições processuais.⁴⁶

⁴⁵ Para uma ampla análise, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 163-166.

⁴⁶ Edilson Vitorelli constatou com grande precisão esse fenômeno quando propôs nova classificação dos conflitos coletivos, ao demonstrar que, numa determinada gama de sujeitos que compõem determinada coletividade, há visível conflituosidade entre eles, de maneira que podem pretender objetivos sensivelmente diversos e sofrerão com a impermeabilidade do processo coletivo em refletir todos esses variados anseios (*O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 cap. 6). Deve-se salientar que, no campo do processo coletivo, dada a grande quantidade de sujeitos envolvidos, a ausência de uniformidade de interesses fica demasiadamente latente. O referido autor, percebendo esse quadro, bem

Esses conflitos estão potencialmente sujeitos à existência de total divergência de interesses e, portanto, a visão bilateral mostrar-se-ia irreal. Ocorre que, em muitas situações, a doutrina processual costuma tratar aqueles que ocupam posições ativas e passivas no plano material mediante simples contraposição de interesses.⁴⁷ A visão bilateral, assim, suplanta a configuração multilateral do conflito e impede que adequadas soluções sejam dadas a esse fenômeno. Essa forma simplista de tratar interesses que, de fato, são multilaterais se expressa de diversas maneiras e, em maior grau, em institutos como legitimidade e coisa julgada.⁴⁸

A pressuposição de interesses se apresenta, muitas vezes, como um esquema mental ou um método de trabalho para auxiliar na compreensão de certos institutos processuais, mas, ao mesmo tempo, obscurece a realidade de como estão dispostos os interesses das partes em um conflito.⁴⁹ Quando esses interesses não obedecem a uma lógica uniforme, nota-se claro descompasso de acomodação de legitimados em posições processuais. Mesmo que os interesses divergentes pertençam a sujeitos que ocupem posições ativas ou passivas no plano material, não se observa exata correspondência no plano processual.

Os interesses pressupostos trazem inconvenientes em qualquer espécie de relação jurídica que se configure com pluralidade de partes. No processo coletivo, com ainda maior evidência, o tratamento homogêneo de interesses em uma vasta gama de sujeitos é exemplo de como se busca estabelecer uma ordem de trabalho, muitas vezes ineficaz e gerando desigualdades entre os integrantes da coletividade.⁵⁰ A classificação dos litígios coletivos consagrada pelo artigo 81, §1º, embora de inegável utilidade, não explicita questão complexa atinente à multiplicidade de interesses de pessoas que integram coletividade sujeita à tutela de direitos coletivos *stricto sensu* ou, em maior medida, dos direitos individuais homogêneos, cuja nomenclatura poderia levar ao engano de acreditar na homogeneidade de objetivos entre os sujeitos que

aponta que “a concepção uniformizadora dos grupos elimina as divergências que lhes são inerentes, o que faz com que, por exemplo, as opiniões das minorias existentes dentro deles sejam suprimidas. Esse mascaramento, que decorre da caracterização excessivamente abstrata dos titulares do direito, é visível, sobretudo, no caso dos direitos difusos” (p. 25). Isso, contudo, também é uma realidade que se apresenta em litígios individuais, como procuraremos expor nesse tópico.

⁴⁷ Basta lembrar da crítica feita por Barbosa Moreia à ideia de Liebman acerca da pluralidade de legitimados para impugnação de ato único, a fim de demonstrar que alguns legitimados gostariam da anulação do ato, enquanto para outros interessaria sua manutenção (Coisa julgada: extensão subjetiva Litispendência. Ação de nulidade de patente. Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, p. 282).

⁴⁸ De forma variada, o debate em torno desses institutos, atrelados a interesses divergentes, surge com frequência na hipótese de direito material em que variados são os legitimados para impugnação de deliberação assemblear tomada no âmbito de sociedade por ações. Com análise abrangente, cf. TALAMINI, Eduardo. Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.) [et al.]. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁴⁹ Como pode ser observado nas regras de relacionamento entre litisconsortes. Não por outras razões, Sergio Menchini atribui a denominação de princípio da coordenação à necessidade coerência dos atos das partes, como pressuposto de harmonia de interesses (*Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 684-685).

⁵⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*, p. 95-102.

compõem tal coletividade.⁵¹ Essa dissonância se faz presente de forma relevante quando a lei elege determinados legitimados ativos para a tutela desses direitos, incumbindo-lhes de eleger a melhor forma para proporcionar essa proteção.⁵² O processo coletivo convive com certa margem de opacidade em relação aos mais variados interesses que compõem a coletividade a ser representada, mesmo que mecanismos de participação possam ser utilizados para minimizar esse cenário. O modelo de processo coletivo brasileiro deixa transparecer diversos problemas quanto ao alcance e efetividade da adequada representação por parte do legitimado ativo, acentuada também por outras razões já suficientemente exploradas pela doutrina⁵³, e que se espelha na coisa julgada coletiva com a imposição do resultado *ultra partes* e *erga omnes* mesmo àqueles que, embora também titulares de posições ativas, pretendiam outra forma de tutela àquela conferida ao direito coletivo.

A infundável gama de litígios passíveis de tutela coletiva revela a incapacidade de uma feição bilateral para atender aos interesses em jogo e as dificuldades de todos eles se fazerem ouvir em juízo, do que se denota ser impossível trabalhar com qualquer forma de pressuposição de interesses em sentido uniformizador. Um desses modelos de litígios é o estrutural, classificado por Sergio Cruz Arenhart como processo multipolar, justamente porque “é certo que, em um processo estrutural, caracterizado por um conflito multifacetado, há inúmeros interesses divergentes”.⁵⁴

⁵¹ O resultado, portanto, é reconhecer que a criação da categoria dos direitos individuais homogêneos se deu por obra da doutrina processual, construída para se admitir técnicas de coletivização. A aceitação dessa categoria, conforme prevê o artigo 81, III, CDC, está na gênese comum dos direitos individualmente titularizados, o que já servia de/como fundamento para outras técnicas processuais de cumulação subjetiva para o processo individual, como o litisconsórcio facultativo e a assistência litisconsorcial, fundados também em critério de comunhão. Sobre os direitos individuais homogêneos como figura do direito processual, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 41-42; OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 72-74; ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 186-187.

⁵² Essa não é uma característica exclusiva das técnicas de tutela dos direitos individuais homogêneos. A rigor, todos os procedimentos voltados à coletivização de direitos individuais ou destinados à formação e dispersão decisória para aplicação em processos individuais encontram esse retrato. Há um déficit de legitimidade na tutela dos direitos individuais que perpassa justamente pela ausência de espelhamento dos variados interesses que compõem a coletividade. A respeito, cf., amplamente, COSTA, Susana Henriques da. *A representatividade adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei nº. 5.139/2009*. In: CIANCI, Mirna [et al.] (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 621; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.); MACÉDO, Lucas Burlil de (Org.); et al. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 341.

⁵³ ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. p. 222-226.

⁵⁴ Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.) *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 427. Arremata, ainda, com a seguinte ideia com perfeita explicação para o que se mencionou: “se isso é grave nos processos coletivos, de forma geral, isso é ainda mais grave quando se pensa em processos estruturais. Porque estes processos estão vocacionados a lidar com grandes conflitos, em que convergem vários interesses distintos, e porque nesses tipos de controvérsias, impõe-se dar ao magistrado a dimensão de todo o problema, é absolutamente imprescindível que todas as posições possam participar do processo. Se, porém, essa participação é feita de maneira ‘virtual’, sem que haja efetiva ligação entre a conduta do legitimado coletivo e a vontade da coletividade ou do grupo representado, então a discussão passa a ser travada entre eventuais sujeitos

Nos processos como falência e recuperação judicial, é evidente que em variados momentos focos de litigiosidade interna são identificados entre diferentes sujeitos, que sustentam interesses variados, por variadas razões, em claras posições multilaterais. Basta pensar que, em um único processo, incontáveis interesses precisam ser acomodados, tendo em vista que, por exemplo, poderá haver credores diferentes dentro de uma mesma classe disputando entre si a preferência pelo crédito ou, entre as possíveis classes de credores, estes não estejam de acordo com a forma de cumprimento de um plano de recuperação ou excussão de determinado bem. Por sua vez, o litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial é matéria que ainda rende grande controvérsia e demonstra a grande dependência da cumulação subjetiva a diversas características do direito material. Inegavelmente, processos com essas especificidades apresentam enormes dificuldades para harmonização de interesses a partir de proposta de homogeneidade de posições processuais.⁵⁵

No processo individual, certo de que se apresenta de forma diversa, a pressuposição de interesses também é fator limitador da atuação em juízo. Isso porque, não raras vezes, o fato de haver relações de direito material com pluralidade de sujeitos, aptas a ensejar litisconsórcio, também produz fenômeno ligado à uniformização de interesses. É frequente observar isso não só quando as normas de direito material conferem variadas formas de se atender à pretensão, mas também quando, a despeito de ser uma única a forma de se satisfazer a pretensão, presume-se que todos ou vários sujeitos queiram essa forma de satisfação e, portanto, sejam encarados como legitimados para o mesmo podo da demanda, como pode ocorrer nos casos de litisconsórcio facultativo unitário.

Os reflexos da pressuposição de interesses no processo individual, contudo, podem ser outros, também relativos à legitimidade e coisa julgada.

Conquanto seja colocada em dúvida sua existência,⁵⁶ o exemplo do litisconsórcio ativo necessário serve para expor a premissa segundo a qual todos os legitimados ativos deveriam pretender a mesma forma de tutela do direito para o instituto encontrar utilidade e operacionalidade no sistema.⁵⁷ No entanto, não é incomum haver intensa dissonância de objetivos e desarmonia na formação do litisconsórcio. A ausência de algum legitimado ativo, porque não integrado ao processo ou porque não estivesse de acordo com os termos da demanda, desafiou entendimentos variados para resolução desse impasse. O primeiro deles reconhece a extinção do processo sem resolução

que têm permissão para estar no processo, ainda que outros tantos sejam os desejos e os interesses dos grupos envolvidos” (p. 428-429).

⁵⁵ Amplamente, cf. CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.) *Processo Societário II*. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 763.

⁵⁶ Os amplos e relevantes debates em torno da existência ou não do litisconsórcio necessário ativo podem ser encontrados com riqueza de argumentos em DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, cap. 13, nº 2.4.5.

⁵⁷ Diga-se que a justificativa para o litisconsórcio ativo necessário está na conformidade subjetiva das relações de direito material, como bem apontam, p. ex., DINAMARCO, *Litisconsórcio*. p. 251-253 e ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1975, p. 385.

de mérito pela ilegitimidade ativa.⁵⁸ Entendendo se tratar de um problema atrelado ao mérito, há entendimento favorável ao julgamento de improcedência diante da ausência de consenso entre os virtuais litisconsortes necessários, vez que a tutela do direito somente poderia ser conseguida com a concordância de todos.⁵⁹ Por fim, como forma de contornar a necessidade da presença em juízo do legitimado necessário discordante, já se conjecturou a possibilidade de citá-lo para incluí-lo no polo passivo, ainda que essa não seja a posição processual mais adequada, confirmando a figura bilateral de relação jurídica processual, pois justificada na resistência de pretensão.⁶⁰

Essas soluções, parcialmente satisfatórias a partir do fato de que um legitimado necessário pretende objetivo diverso de outro, reforçam ainda mais o critério da oportunidade na escolha da tutela jurisdicional e na configuração subjetiva do litígio e evidenciam que, rompida a pressuposição de interesses, poucos recursos estão à disposição para conformar interesses divergentes.

Outro salutar exemplo pode ser achado na análise do artigo 506, CPC, do qual se extrai o transporte *in utilibus* da coisa julgada ao terceiro em processo individual. O exame de utilidade e aproveitamento da coisa julgada requer cuidadosa percepção de quais são os reais e manifestos interesses desse terceiro para, enfim, saber se, de fato, há benefício, prejuízo ou indiferença em relação ao resultado alcançado na demanda precedente. O simples exame da relação de direito material poderia trair a conclusão mais acertada, já que a aplicação do referido dispositivo depende do interesse manifestado por esse terceiro, pois, por mais que este mantenha vínculos de prejudicialidade-dependência com o objeto do processo ou pertença à mesma relação jurídica em juízo deduzida, pode não haver coincidência plena entre sua pretensão e a tutela jurisdicional conferida no processo em que se formou a coisa julgada material.⁶¹

Os exemplos examinados demonstram que a pressuposição de interesses influi decisivamente no modo de ser de uma relação jurídica de direito material no processo. A partir do momento em que não há harmonia de interesses, coloca-se em risco o funcionamento adequado de institutos vocacionados à tutela de posições processuais bilaterais, as quais, ainda que sejam ocupadas por dois ou mais sujeitos, melhor funcionam com interesses homogêneos. Novamente, a insuficiência do processo em recepcionar relações multilaterais não é só genérica, mas, como visto, obrigando soluções que sejam tecnicamente coerentes com a superação de interesses pressupostos.

3.2.2. Sobre a chamada “despolarização” da relação processual

A construção da ideia de “despolarização” da relação processual pode trazer contribuições para acomodar no processo relações de direito material multilaterais,

⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 223.

⁵⁹ No Brasil, GOUVÊA, José Roberto F. (Coord.). LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305-307.

⁶⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015*. p. 80; MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. In: *Revista de Processo*, 1997, nº 88, p. 289-290.

⁶¹ Sobre a presunção de interesses compatíveis, cf. REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar: eficácia do caso julgado em relação a terceiros*. Porto Alegre: Ajuris, 1985, p. 91.

embora não elimine por completo as dificuldades de assentamento no plano da processual das variadas posições assumidas no plano material. Antonio do Passo Cabral foi responsável por desenvolver o conceito e, a partir dele, expandir a relevância da legitimidade *ad actum* como pressuposto da prática de ato processual⁶² mediante a concepção de “zonas de interesse”, atribuindo visão inovadora sobre a utilidade do interesse da tutela jurisdicional. Segundo seu entendimento:

[a]s zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas do processo, desde que úteis ao postulante [...] as zonas de interesse podem servir ainda para os casos em que não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo.⁶³

Como se nota, a ideia busca contornar e dar solução teórica aos numerosos casos em que não há uniformidade de atuação e de interesses entre os litigantes, justamente porque o modelo clássico do interesse de agir não seria capaz de explicar essas questões. A legitimidade *ad actum* proposta concebe um exame do interesse à luz de cada ato processual singularmente analisado. A partir dessas considerações, diversos exemplos são apresentados para justificar a possibilidade de migração entre polos da demanda ou, ainda, de atuação despolarizada, essa consistente em atuação “independente de qualquer referência à lide, ao direito subjetivo ou à pretensão”.⁶⁴

Um dos exemplos usados para demonstrar como as zonas de interesse autorizam a migração entre polos da demanda está na hipótese de renitência do litisconsorte ativo, que acaba sendo incluído forçadamente no polo passivo para regularidade processual, sobretudo porque o pedido formulado pelo autor sequer é dirigido ao referido litisconsorte. Por isso mesmo, Cabral bem ressalva que, para aplicabilidade de sua teoria, seria forçoso reconhecer a ausência de pedido formulado em face de um dos réus, pois “este não pode pretender migrar para outro polo para escapar da responsabilidade ou de uma sentença de procedência favorável ao requerente”⁶⁵. Sob essa perspectiva, a teoria se mostra de grande utilidade quando a divergência de interesses se constatar na atuação das partes. A existência de interesses divergentes e

⁶² *Despolarização do processo e zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda, p. 10-12. Embora com desenvolvimento teórico amparado em premissas diversas, a possibilidade de migração entre polos da demanda já havia sido defendida anteriormente por MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, §3º da LAP e 17, §3º da LIA), in *Revista Forense*, vol. 400, ano 104, nov-dez. 2008, p. 227-254 e foi acolhida, posteriormente, por DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 251. Não obstante, na doutrina estrangeira, o exame da legitimidade para cada ato processual é de longa data conhecido (INVREA, Francesco. Possibilità giuridica e legittimazione, *Rivista di Diritto Processuale*, 1939, p. 323).

⁶³ *Despolarização do processo e zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda, p. 32-33.

⁶⁴ *Despolarização do processo e zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda, p. 35.

⁶⁵ *Despolarização do processo e zonas de interesse*: sobre a migração entre polos da demanda, p. 37.

convergentes em dado momento do processo é capaz de mostrar o caráter cambiante do interesse jurídico e, sobretudo, a importância de analisá-lo em cada ato processual. Trata-se de uma visão que busca superar o clássico conceito de interesse processual, que também sofre com visão estática de dado momento processual.

Nos moldes da multilateralidade de interesses propostos no presente ensaio, a despolarização tem o condão de oferecer contribuições salutares, mas, considerando as limitações inerentes às posições processuais, seria de se questionar em que medida a divergência de interesses para a forma de tutela do direito material conseguiria encontrar na despolarização um modo de se ver integralmente amparada. Por outras palavras, a estrutura subjetiva do processo conotada, em muitos casos, pelo critério da oportunidade, materializa cenário em que a adequada tutela a ser conferida a um dos sujeitos processuais exige a propositura de uma demanda configurada segundo a forma de tutela do direito material por ele pretendida. Por mais que se admita atuação despolarizada ou migração entre polos da demanda, ainda assim não haveria posição processual adequada para acolher integralmente seu interesse, quando forçadamente esse sujeito é inserido no processo, pois nem a posição de autor e, tampouco, a de réu atendem à sua real condição no plano material.

Mesmo com a elasticidade de atuação proposta pela despolarização da relação processual, ainda assim faltariam elementos que conformassem demandas contrapostas pelos titulares de pretensões em face do mesmo réu. Ao que se depreende da explanação apresentada por Cabral, a atuação despolarizada ou a migração entre polos não supriria a necessidade de que haja demanda deduzida por aquele que pretende tutela jurisdicional diversa daquela já deduzida pelo autor. De qualquer modo, aquele que é titular da pretensão, mas se encontra como réu pelo critério da oportunidade, para obtenção da tutela jurisdicional pretendida, necessariamente precisará deduzir demanda para a adequada proteção de sua posição jurídica. Nesse sentido, para os moldes de multilateralidade pelo direito material, a necessidade de ao menos duas demandas, ainda que em sentidos opostos, pelos sujeitos titulares de pretensões nascidas em uma mesma relação jurídica de direito material que aponte duas ou mais formas de satisfação do direito violado, revela que a atuação despolarizada ou migração de polos, embora útil, pode não atender completamente esse quadro.

4. Legitimidade pelo interesse para a adequada posição processual

O critério de determinação da legitimidade *ad causam* costuma se basear em um exame das situações legitimantes, com olhares voltados para a formação subjetiva da relação de direito material a partir de como a demanda é deduzida pelo autor em petição inicial.⁶⁶ Em tópicos anteriores, mostrou-se que a dinâmica da relação processual

⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 108; ROCCO, Ugo. *La legittimazione ad agire*. Roma: Ferraiolo, 1929, p. 92-93. Sobre as diversas teorias em torno da legitimidade *ad causam*, sintetizadas e confrontadas, cf. DE SANTIS, Angelo Danilo. *La tutela giurisdizionale collettiva: contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e ressarcitorie*. Napoli: Jovene, 2013, cap. 1, n° 3.

proporciona igual dinamicidade de posições jurídicas e, por conseguinte, ausência de interesses estanques. O controle da legitimidade perpassa pela avaliação do interesse jurídico das partes e não se esgota em juízo feito em único momento do processo.

O que se passa a propor nesse momento, portanto, é um enfoque combinado entre interesse e legitimidade, para que o primeiro possa indicar a correta posição processual, contribuindo, assim, para investigação da segunda. Em diversas situações, o simples fato de alguém integrar o contraditório com única finalidade de preservar a validade e eficácia das decisões judiciais, sem levar em consideração qual seria seu interesse no litígio, traria um cenário de artificialismos na composição subjetiva da relação jurídica processual.⁶⁷ É o exemplo encontrado em algumas situações como: inexistência de concordância entre litisconsortes ativos quanto à sorte da demanda e, por isso, um deles é forçado a litigar no polo passivo sob a justificativa da preservação do contraditório, mesmo que essa posição processual não seja condizente com seus interesses; desarmonia entre substituído e substituto processual, vez que esse busca forma de tutela jurisdicional que não atende aos interesses daquele primeiro diante de variadas possibilidades de satisfação do direito; quando o procedimento confere legitimidade ativa e passiva aos mesmos sujeitos e um deles busca tutela jurisdicional que não coincide com a pretensão dos demais, os quais passam a figurar no polo passivo da demanda.

Por conta disso, torna-se necessário pensar em um critério de investigação de legitimidade com base em adequadas posições processuais, orientadas pelos interesses das partes. Essa visão leva em consideração o fato de que o processo civil não comporta demandas multilaterais e, por isso, há que pensar na evolução do conceito de legitimidade *ad causam* e de mecanismos para permitir a multilateralidade da relação jurídica processual sem desvirtuamento de posições jurídicas. Propõe-se, assim, reabertura do debate em torno do tema da legitimidade *ad causam* para se pensar na influência desempenhada pelo interesse jurídico na sua determinação, muitas vezes perceptível apenas no curso do processo ou ainda que, desde o início, se revele insuficiente o modelo de relação jurídica processual *autor-réu* para abarcar seu real interesse. Nos conflitos em que há multilateralidade de interesses, passa a ser conveniente lançar mão de um critério *pós-determinado* de legitimidade *ad causam*, como consequência da posterior identificação de interesses, para oportunizar as partes que, no mesmo processo, consigam adaptar o conflito multilateral.

4.1. Superação do critério da oportunidade e opção pela legitimidade para a posição processual

A constatação de que o processo civil não se amolda a litígios multilaterais produz reflexos no modo de se compreender a legitimidade. Com a dificuldade

⁶⁷ SASSANI, Bruno. *Note sul concetto di interesse ad agire*. Castella: Maggioli Editore, 1983, p. 173-182; CAPELO, Maria José de Oliveira. *Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação*. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 31-57.

de acomodar diversos e divergentes interesses sob uma feição bilateral de relação processual, pré-determinar quem deva figurar como autor e réu a partir de simples análise da relação de direito material pode gerar os mesmos inconvenientes da pressuposição de interesses⁶⁸. Esse método, usualmente empregado para controle da legitimidade para a demanda, deixa de refletir aspecto fundamental concernente à pertinência subjetiva em se ocupar determinada *posição processual*, com direitos, ônus, facultades e deveres a ela inerentes, em conformação e combinação com interesse jurídico, muitas vezes determinado *a posteriori*. Além de se identificarem os sujeitos envolvidos na relação de direito material afirmada em juízo, a legitimidade cumpriria papel relevante em permitir que se perceba qual deva ser a posição processual a ser ocupada por esses sujeitos.

Parece necessário, desse modo, segregar o exame de legitimidade para finalidades distintas. O que se costuma chamar de legitimidade *ad causam* deriva de uma atividade intelectual que conclui quem deva e quem não deva integrar a relação jurídica processual.⁶⁹ Essa conclusão, a depender do momento em que é feita, limita-se à admissibilidade do exercício do direito de ação ou ao exame de mérito. Consubstancia-se, portanto, em um juízo de conformidade subjetiva atinente a quem se afirma titular de determinada pretensão e em face de quem deva ela ser satisfeita.⁷⁰ Outro aspecto da legitimidade está em se identificar a posição processual a ser ocupada pela parte, influenciada pela dinamicidade de seus interesses. Daí ser importante segregar a *legitimidade para a relação jurídica processual* e a *legitimidade para a posição processual*, cujos critérios de determinação, apesar de correlacionados, comportam certas distinções.⁷¹

A ocupação de posições processuais fica condicionada ao controle de legitimidade em relação ao sujeito que pretenda exercer determinada faculdade ou ônus segundo os interesses que externa no curso da relação processual. Sob essa

⁶⁸ O que pode ser encontrado em: MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 380 e s.; MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 46-52 e FABRICIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. In: *Revista de processo*, n.º 58, abr./jun. 1990, para o qual “a correspondência entre as posições de autor e réu e, respectivamente, de sujeito ativo e passivo da relação jurídico-material afirmada” (p. 16).

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo, p. 228 e COSTA, Susana Henriques da. Comentários ao artigo 17. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, arts. 1.º a 317, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 274.

⁷⁰ Evidentemente, essa perspectiva foi determinante para fomentar o debate em torno do exame da legitimidade como condição da ação ou como mérito, com enorme repercussão na doutrina processual brasileira. Amplamente, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 291-294.

⁷¹ Essa é uma ideia que já encontra paralelo na distinção entre legitimidade para a relação jurídica de direito material e legitimidade para a relação jurídica processual, justificada em exemplos que denotam legitimidade para a prática do ato processual, muito embora a parte não integre a relação em juízo discutida, como aquele réu que, mesmo sem ter participado do evento narrado em petição inicial, ainda assim possui legitimidade para contestar e, portanto, ocupar tal posição processual. Daí a relevância na distinção entre parte em sentido material e parte em sentido processual. A esse respeito, cf. DE SANTIS, Angelo Danilo. *La tutela giurisdizionale collettiva*. p. 101. Tal autor ainda conclui que “se, dunque, l'auttore ha l'onere di indicare, nell'atto introduttivo del processo, la posizione giuridica soggettiva di vantaggio, conessa ad un dato rapporto che si assume litigioso, la legittimazione passiva dovrà essere misurata sulla base di quella situazione di vantaggio” (p. 103).

perspectiva, há situações em que os interesses da parte não estariam completamente atendidos pelas posições processuais disponíveis em um modelo bilateral de relação processual, principalmente quando a multilateralidade de posições jurídicas se der em razão da necessidade que uma das partes possui de deduzir sua demanda incompatível com aquela já deduzida. Por mais que a legitimidade possa ser enfrentada em cada ato processual, caberia indagar se a imposição do processo a determinados sujeitos permitiria atuação em posições processuais que atendessem integralmente a seus interesses, ainda que lhe seja assegurada a participação em contraditório. Sob a perspectiva da correlação entre interesse e legitimidade para a adequada posição processual, seria esse sujeito parte legítima? Haveria posição processual compatível com seus interesses se, integrando à relação processual, quisesse deduzir demanda incompatível com aquela já formulada?

A posição da parte com interesse diverso de autor e réu, mesmo que respaldada pelo contraditório, encontraria limitações em princípios como da demanda e da inércia da jurisdição, desafiando soluções para que sejam observados numa mesma relação processual. Quando a divergência de interesses indicar a necessidade de demanda que contrarie aquela já proposta para total amparo da posição processual de uma das partes, o interesse a ser protegido reclamaria algo além do que o simples desfecho desfavorável ao autor. A efetiva proteção do interesse jurídico que revele tal posição processual importaria na construção de uma figura multilateral da relação processual, consubstanciada em pedido de tutela jurisdicional para satisfação de pretensão oposta àquela deduzida pelo autor.

Outro aspecto também está na grande atuação de sujeitos sem que encontrem no processo uma personificação legal específica. Essas atuações atípicas, porque o interesse não coincide com as específicas hipóteses de intervenção de terceiros ou porque não há laços de litisconsórcio formados, desafiam a revisitação do conceito de interesse para atuação no processo, embora demonstrem haver correlação com situações legitimantes. Esse interesse de atuação pode surgir de forma diversa daquela convencional, pois ao terceiro conviria, por exemplo, discutir as repercussões produzidas por um ato processual específico, por apenas parcela do objeto do processo ou, ainda, por alguma interferência causada em sua esfera jurídica por ações ou omissões processuais das partes.

Em virtude desse perfil de interação das partes, a legitimidade para a posição processual serve de instrumento de controle dos atos processuais, notadamente aqueles de conteúdo postulatório, mas, principalmente, como forma de detectar que as posições processuais admitidas em um procedimento podem ser insuficientes segundo o interesse da parte. O interesse jurídico, nesse sentido, sinaliza qual será a adequada posição processual a ser legitimamente ocupada.⁷²

⁷² Sobre a relevância da análise individualizada de cada ato processual e de seus pressupostos, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese (Título em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017, cap. 7.

4.2. Mecanismos processuais para tutela de posições jurídicas multilaterais

Diante de tudo que acima se expôs, questiona-se se o sistema processual estaria dotado de mecanismos hábeis a tutelar posições processuais divergentes, convergentes ou coordenadas, mesmo sob perspectiva bilateral de relação processual, sobretudo naqueles casos em que o integral atendimento aos interesses da posição processual requeira atuação ativa no sentido de haver mais de uma demanda a ser solucionada. O inventário de possibilidades para tutela de posições divergentes mostra, em primeira mão, um sistema pouco permeável por *amplitude participativa atípica*, mas, ao mesmo tempo, a existência de mecanismos razoavelmente aptos a proporcionar a tutela de *interesses em contramão*, proporcionando configuração subjetiva ajustada a essa divergência.

Na primeira situação, certamente aquela que demanda maiores reflexões, existem fatores inerentes ao sistema processual vigente que impõem barreiras a uma visão ampla de participação processual, embora se possa utilizar de outros mecanismos para encontrar alternativas que proporcionem abertura maior de interação. Como já dito, o inflexível regime de intervenção de terceiros sugere um olhar limitado às específicas hipóteses interventivas para a atuação no processo por quem dele originariamente não fez parte.

Essa atuação, sempre circunscrita ao objeto do processo, é construída com base em interesses delineados pelo Código de Processo Civil segundo cada uma das espécies de intervenção de terceiros. No entanto, a possibilidade de superação dessa rigidez pode se dar por mecanismos diversos como o uso dos negócios jurídicos processuais, conforme já destacado pela doutrina⁷³ ou, ainda, pela amplitude interpretativa de determinados dispositivos do código, como o artigo 392, §2º, CPC, que autoriza a *intervenção de interessados* determinada pelo juiz ou a requerimento das partes no procedimento de produção antecipada da prova, técnica essa que poderia estimular a intervenção para a prática de um ato ou conjunto de atos específicos em outros procedimentos.

No tocante ao segundo caso, reconhece-se não ser completamente estranha ao nosso ordenamento a situação em que mais de dois interesses conflitem. A oposição, por essência, visa a tutelar a posição de terceiro com interesse diverso de autor ou réu em demanda já ajuizada, por pretender direito ou coisa por esses disputada. Os embargos de terceiro, por sua vez, têm por escopo reconhecer que um bem, alvo de constrição potencial ou efetivada, é de titularidade de pessoa a quem a responsabilidade executiva não se estende e, portanto, não sujeito à satisfação do crédito exequendo. Em síntese, o sistema processual concebe alguns mecanismos para tutela de interesses multilaterais, mas que não estão à disposição em uma mesma relação processual, porquanto a iniciativa para o uso desses institutos é reservada a terceiro.

No entanto, destoa dessa realidade quando a divergência de interesses se instaura numa mesma relação processual e, em grande parte dos casos, a multilateralidade ocorrerá por interesses que requerem tutelas jurisdicionais em

⁷³ COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, cap. 4.

sentidos diversos. A reconvenção, por exemplo, como mecanismo previsto pelo sistema processual para permitir a concentração de demandas,⁷⁴ pode funcionar para dissipar a bilateralidade de interesses. Sua admissão, portanto, ocorrerá quando houver vínculo de relação com a demanda proposta pelo autor ou com algum fundamento de defesa, conforme prevê o artigo 343, CPC. Embora o conceito de conexão aqui tratado seja diverso e mais amplo em relação ao previsto no artigo 55, CPC, mostra-se salutar a abertura para a reconvenção sempre que houver liame substancial entre a demanda do autor e a defesa do réu, sobretudo como forma de preservar coerência e harmonia de resultados. Por isso, é adequado compreender o cabimento da reconvenção pelo aspecto de aproveitamento de um mesmo processo para exercício de atos processuais e atividade cognitiva acerca de fatos que tenham alguma ligação capaz de revelar a utilidade da ampliação do objeto do processo proporcionada pela reunião de demandas.⁷⁵

A relevância em se atribuir ao cabimento da reconvenção visão elástica sobre os liames que permitem cumular as demandas de autor e réu está em reconhecê-la como um mecanismo importante na solução de interesses multilaterais. A possibilidade de que interesses divergentes produzam demandas que veiculem direitos incompatíveis entre si inegavelmente demonstra a reconvenção como meio útil a gerar a integral proteção de posições processuais.⁷⁶ Nesse sentido, a pretensão do réu-reconvinte poderá se dirigir tutela jurisdicional diversa sobre o mesmo direito disputado por autor-reconvindo, situação que configurará a *reconvenção com típico conteúdo de oposição*. Os exemplos anteriormente usados, notadamente aqueles em que dois sujeitos divergem quanto às formas de satisfação do direito material, bem revela que ambos pretendem tutelas jurisdicionais diversas sobre um mesmo direito violado e, pelo critério da oportunidade, um deles passou a ocupar o polo passivo da demanda.

O réu, detentor de interesse contrário ao autor, embora também ocupe posição ativa no plano material, poderia se utilizar de reconvenção para deduzir demanda com natureza de oposição, seja porque a contrariedade causada com a demanda do autor sinaliza a necessidade de harmonia decisória, seja porque a resistência apresentada à demanda do autor se mostra como fundamento suficiente ao liame exigido para a reconvenção. Esse formato pode ser expandido para aquelas situações em que a posição processual que leve à improcedência da demanda do autor não seja suficiente, como nas situações em que para um mesmo direito se pretenda mais de uma forma de tutela por diferentes sujeitos, como retrato de direitos incompatíveis entre si. O modelo multilateral promovido pela *reconvenção com conteúdo oposicional*

⁷⁴ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: M. Limonad, 1973, p. 72-73.

⁷⁶ Sobre a admissibilidade de reconvenção que veicule direitos incompatíveis entre si, cf. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. p. 186. Sem reconhecer falar expressamente em direitos incompatíveis entre si, mas reconhecendo que o conceito de conexão que orienta o cabimento da reconvenção deva ser amplo para permitir a utilidade do procedimento, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. p. 160-164 e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Da reconvenção*. São Paul: Saraiva, 1984, p. 73-77.

é exemplo de iniciativa do réu que, por depender do ajuizamento de demanda, tem o condão de promover, no plano processual, a posição que ocupa no plano material.

Problema diverso ao de encontrar mecanismos processuais que proporcionem amparo às posições jurídicas é saber como deverão ser resolvidas demandas multilaterais. Nesse tocante, parece ser invariável a solução para posições multilaterais no direito material e será com base em suas especificidades que a decisão de mérito deverá se pautar. Assim, caberá verificar se, no caso concreto, a discordância é fator determinante para, por exemplo, a rescisão do contrato ou se será possível exigir alguma obrigação específica, se será possível anular apenas parte do contrato, na medida em que sua manutenção interessa a outros contratantes, assim como pode ocorrer em outros exemplos que terão suas características delimitadas pela atuação das partes em juízo.

A doutrina processual é escassa no enfrentamento dessa temática. As repercussões da dissonância entre os diversos legitimados no tocante ao mérito foram poucas vezes abordadas e sempre no sentido de ressaltar as características do direito material em discussão, que deverá orientar a conclusão acerca da exigência de total ou parcial concordância entre legitimados.

Botelho de Mesquita lançou importantes considerações para uma hipótese de direito material em que não necessariamente seria preciso a unanimidade dos legitimados. Em parecer voltado a analisar o reconhecimento jurídico do pedido por alguns litisconsortes em regime unitário em ação de dissolução parcial de sociedade, o referido jurista asseverou que, de acordo com a disciplina de direito material, as decisões da sociedade são tomadas pela maioria dos quotistas. Assim, essa lógica aplicar-se-ia ao processo, de maneira que, mesmo havendo algum litisconsorte desfavorável ao reconhecimento do pedido, valeria examinar se a maioria, a partir da respectiva quota, decidiu pelo reconhecimento.⁷⁷ Assim, acertadamente admite existirem situações em que a eficácia dos atos processuais é extensível aos litisconsortes discordantes, em razão da natureza da relação jurídica de direito material debatida no processo. O próprio direito material se utiliza do critério da maioria das quotas para operar a dissolução parcial, de modo que o processo não poderia desvirtuar essa determinação, pois “a ação de dissolução de sociedade tem por escopo a pronúncia de uma sentença que produza os mesmos efeitos da declaração de vontade recusada pelos demais sócios”.⁷⁸

Francesco Paolo Luiso, ao examinar o litisconsórcio ativo necessário, trouxe relevantes reflexões a respeito da colegitimidade e da concordância entre os legitimados para a tutela pretendida, a qual, segundo sua visão, poderá ser requerida por qualquer um deles, sem a obrigatoriedade de reunião de todos em juízo. Embora a multilateralidade seja fenômeno não limitado apenas à divergência entre litisconsortes ativos necessários, é relevante perceber que Luiso converge seu exame para aspectos

⁷⁷ Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 179-199.

⁷⁸ *Litisconsórcio unitário*. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade, p. 183.

de direito material ao reconhecer não ser esse um problema de direito processual.⁷⁹ Sob o enfoque processual, o litisconsórcio ativo necessário não representaria colegitimidade necessária, já que, em seu entendimento, tratar-se-ia de hipótese de legitimidade disjuntiva, sendo qualquer um autorizado a propor a demanda. Sob o enfoque substancial, a concordância ou discordância entre legitimados não se refletiria no modo de ser do processo, mas sim no mérito da demanda. A oposição apresentada por qualquer legitimado importaria no reconhecimento de improcedência, porquanto a procedência seria fruto de consenso obrigatório.⁸⁰

Deriva disso a conclusão de que é preciso adaptação de institutos processuais para abertura a demandas multilaterais. Isso significa a adaptação que a relação jurídica processual precisa sofrer para se amoldar às relações jurídicas de direito material multilaterais. A solução de conflitos multilaterais, por outro lado, representa passo seguinte e consiste na invariável incursão de como o direito material se comportará frente à pluralidade de legitimados e à variada manifestação de interesses, concordantes ou dissonantes, de cada um deles.

5. Conclusões

O clássico modelo de relação jurídica processual, ressalvada sua relevância histórica, de há muito dá sinais de incapacidade em abraçar a diversidade de relações jurídicas de direito material ou mesmo a multiplicidade de interesses que gravitam em torno da demanda ou de atos processuais. A visão dinâmica e interativa da atuação dos sujeitos processuais revela que o processo não pode mais ser visto sob a ótica de vínculos estáticos e meramente bilaterais.

A estrutura bilateral da relação jurídica processual se justifica por alguns motivos, sendo os principais a ausência de preocupação com posições jurídicas multilaterais, notadamente pela pressuposição de interesses entre sujeitos que ocupam posições semelhantes no plano material e o critério da oportunidade no contorno subjetivo da demanda. Some-se a isso, ainda, a ausência de mecanismos voltados a atender interesses multilaterais, caracterizados pela divergência de mais de dois interesses.

Tornando-se cada vez mais presente a multilateralidade de interesses no plano material, observa-se inexistir, no plano processual, exata correspondência de posições jurídicas. Tais posições são orientadas e determinadas por esses interesses, os quais, em muitos casos, não se amoldam à figura bilateral da relação jurídica processual, a qual impõe inexorável sujeição de legitimados a posições processuais incompatíveis. Passa a ser forçoso, assim, pensar na legitimidade para a adequada posição processual e em mecanismos que possam reproduzir, no processo, interesses multilaterais.

⁷⁹ *Diritto processuale civile*. vol. I, oitava edizione. Milano: Giuffrè, 2015, p. 307.

⁸⁰ Por isso, afirma, após trazer alguns exemplos de direito material, que: *“quelli appena visti, lo si repete, sono problemi non di diritto processuale, bensì di diritto sostanziale. La struttura del litisconsorzio, cioè, resta sempre la stessa; se poi, per regola di diritto sostanziale, necessita il consenso di tutti o della maggioranza dei litisconsorte per l'accoglimento della domanda, in mancanza di tale consenso il giudice la rigetta.”* (Op. cit., p. 307)

Embora sejam de grande rigidez as hipóteses em que se permite atuação de terceiros no processo, é preciso lançar mão de técnicas que mitiguem essa estrutura, como os negócios processuais e a desconsideração do interesse categorizado, ainda que isso proporcione atuações atípicas no processo.

Ainda que a multilateralidade de interesses nasça do direito material, não são desconhecidos em nosso ordenamento jurídico mecanismos que retratem essa feição de relação jurídica, representados pela oposição e pelos embargos de terceiro, que são essencialmente utilizados por quem não integra a relação jurídica processual.

Contudo, numa mesma relação jurídica processual, passa a ser preciso interpretar especificamente alguns institutos que possuem o potencial de promover a multilateralidade, conotada, entre suas diversas formas, pela necessidade e demandas em sentidos opostos ou, até mesmo, por direitos incompatíveis entre si. Entra em cena a noção ampliada de reconvenção, que poderá veicular pretensão de quem não esteja em posição processual que atenda completamente seus interesses, especialmente aqueles sujeitos que figuram como réus porque lhes foi assim imposta a relação processual. A reconvenção, nesses casos, terá típico conteúdo de oposição e trará ao processo a cumulação de demandas que, para solucioná-las, será preciso compreender como o direito material se comportará diante de pluralidade de partes com interesses divergentes.

Bibliografia

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1975.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. *Quanti minoris*, In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. *Coisa julgada: extensão subjetiva Litispendência. Ação de nulidade de patente. Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. *Conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Presentación. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Processo*, vol. III. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. *In: Teses, estudos e pareceres de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *In: Revista Forense*, vol. 105, nº 404, jul./ago. 2009.

_____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese (Titularidade em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

_____. *Nulidades no processo civil: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *In: Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928.

CAPELO, Maria José de Oliveira. *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. Lite e funzione processuale: postilla. *In: Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 5, nº 1, 1928.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). *In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de (Org.); et al. Novo CPC doutrina selecionada*. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. *In: PEREIRA, Guilherme Setoguti J; Yarshell, Flávio Luiz. Processo Societário II*. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *In: Harvar Law Review*, vol. 89, may 1976, nº 7.

CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, vol.1. Padova: CEDAM, 1985.

COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei nº 5.139/2009. In: CIANCI, Mirna [et al.] (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Comentários ao artigo 17. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts. 1º a 317, São Paulo: Saraiva, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli:Jovene, 1923 (ristampa 1980).

_____. Rapporto giuridico processuale e litispendenza. In: *Rivista di diritto processuale civile*. vol. 8, nº1, 1931.

CHIZZINI, Augusto. Intervento in causa, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, vol. X, IV edizione. Torino: UTET, 1994.

_____. *L'intervento adesivo*. t. I. Padova: Cedam, 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.

DE SANTIS, Angelo Danilo. *La tutela giurisdizionale collettiva: contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e ressarcitorie*. Napoli: Jovene, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. II, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Intervenção de terceiros*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Electa una via non datur regressus alteram. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DONDI, Angelo. *Elementi per una definizioni di complessità processuale*. Milano: Giuffrè, 2011.

- EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *In: Revista de Processo*. nº 58, abr./jun. 1990
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. IV edizione. Padova: CEDAM, 1986.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Fabris, 1991
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- GRASSO, Edoardo. Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado. *In: Rivista di Diritto Processuale*, 1993.
- _____. La collaborazione nel processo civile. *In: Rivista di Diritto Processuale*. 1966, vol. XXI.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *In: Revista Forense*, nº 301.
- HARSÁGI, Viktoria. VAN RHEE, C.H. *Multi-Party redress mechanisms in Europe: speaking mice? Mortsel: Intersentia*, 2014.
- INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale. *In: Rivista do Diritto Processuale Civile*. 1932, vol. 9. nº 1.
- _____. Possibilità giuridica e legittimazione. *In: Rivista di Diritto Processuale*, 1939.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II, Coord. José Roberto F. Gouvêa [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. vol. I, oitava edizione. Milano: Giuffrè, 2015.
- MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: UTET, 1959.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *In: Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 852, out. 2006.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (arts. 6º, §3º da LAP e 17, §3º da LIA). *In: Revista Forense*, vol. 400, ano 104, nov-dez. 2008.

- MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário, *in Revista de Processo*, 1997, nº 88.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*. vol. I. Barcelona: Bosch, 1986.
- MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993.
- MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffrè, 1958
- MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano, volume secondo*. Torino: Torinese, 1910.
- PUGLIATTI, Salvatore. Il rapporto giuridico unisoggettivo. *In: Studio in onore di Antonio Cicu*. Volume secondo. Milano: Giuffrè, 1951.
- REIMER, Philipp. *Verfahrenstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar: eficácia do caso julgado em relação a terceiros*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- ROCCO, Ugo. *La legittimazione ad agire*. Roma: Ferraiolo, 1929
- SALVATORE, Satta. Gli orientamenti pubblicisti della scienza del processo. *In: Soliloqui e colloqui di un giurista: ILISSO*, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: M. Limonad, 1973.
- SASSANI, Bruno. *Note sul concetto di interesse ad agire*. Castella: Maggioli Editore, 1983
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano actual*. t. IV. Madrid: F. Góngora y Compañía editores, 1879.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*. *Revista de Processo*, vol. 200, 2011.
- _____. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. *In: Revista de Processo*, 256, jul. 2016.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.); [et al.]. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. In: *Revista de Processo*. nº 107, jul.-set., 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. vol. 1, 1t. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAGNER, Gerhard. *Collective redress – categories of loss and legislative options*. London: Sweet & Maxwell, 2011.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

A emenda da vaquejada e o efeito *backlash*

Eliseu Antônio da Silva Belo*

Sumário

1. Introdução. 2. O chamado “efeito *backlash*” como fruto do diálogo institucional. 3. Vícios materiais de inconstitucionalidade apontados em relação à emenda constitucional da vaquejada. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade da prática desportiva denominada “vaquejada”, nos autos da ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio. Imediatamente, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 13.364/2016, reconhecendo a vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro; e, alguns meses depois, a EC 96/2017, conhecida como “emenda da vaquejada”, que acrescentou o §7º ao art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual não mais se consideram cruéis práticas desportivas que usem animais, desde que elas sejam reconhecidas, legalmente, como manifestações culturais. A esse conjunto de reações legislativas à referida decisão do STF dá-se o nome de efeito *backlash*, que se insere no marco dos diálogos institucionais. Ocorre, porém, que a EC 96/2017, já objeto de questionamento em duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no STF, realmente deve ser declarada inconstitucional, por ofender, de forma clara e intensa, o princípio da razoabilidade, decorrente da garantia fundamental do devido processo legal em sua vertente material, bem como por promover um grave retrocesso ambiental e civilizatório em torno da eficácia normativa da regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, na qual reside a vedação absoluta de submissão dos animais à crueldade.

Palavras-chave: Emenda constitucional. Vaquejada. Efeito *backlash*. Garantia fundamental. Razoabilidade. Devido processo legal material. Cláusula pétrea. Controle de constitucionalidade.

1. Introdução

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF julgou inconstitucional a Lei cearense nº 15.299/2013, a qual regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. A ementa do referido julgamento ficou assim redigida:

* Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público de Goiás. Assessor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Goiás.

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. [...] VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (ADI 4983, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016)

Alguns meses depois, sobreveio a Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017,¹ que acrescentou o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do §1º deste artigo,² não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Sem a menor dúvida, essa reforma constitucional, ao lado da Lei Federal nº 13.364/2016, constitui uma rápida e forte reação legislativa do Congresso Nacional àquela decisão do STF, na ADI 4983, visando refutar, de forma clara, o entendimento da Corte quanto à inconstitucionalidade da prática conhecida como “vaquejada”.

Curioso notar que essa reação legislativa, por sua vez, desencadeou, logo em seguida, o ajuizamento de duas ADIs no STF: i) ADI 5728, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, de relatoria do Min. Dias Toffoli; ii) ADI 5772,³

¹ Antes dela, foi editada a Lei Federal nº 13.364/2016, a qual “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial”, como consta de sua ementa.

² A mencionada parte final veda práticas que submetam os animais à crueldade. Veja-se: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

³ Essa ADI é mais abrangente do que a primeira, pois, além da EC 96/2017, tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de duas leis federais que reconhecem e protegem a vaquejada: Lei nº 10.220/2001 e Lei nº 13.364/2016, que, basicamente, eleva a prática da vaquejada à condição de patrimônio cultural

ajuizada pelo Procurador-Geral da República, de relatoria do Min. Roberto Barroso; ambas ainda pendentes de julgamento.

O presente trabalho, diante desse contexto, tem por objetivo apontar, de maneira fundamentada, se a reação legislativa, levada a efeito pelo Congresso Nacional por meio da EC nº 96/2017, é ou não constitucionalmente válida, o que poderá, inclusive, contribuir com o debate que haverá no STF quando do julgamento das duas ações diretas indicadas no parágrafo anterior.

2. O chamado “efeito *backlash*” como fruto do diálogo institucional

A reversão legislativa de um julgamento do STF, em que se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Legislativo, é conhecida como uma espécie de efeito *backlash* (*backlash effect*). Conforme anota a doutrina, de forma ampla:

[...] A palavra *backlash* pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico. Assim, o efeito *backlash* nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público. No caso do ativismo judicial, como afirma George Marmelstein, “[...] o efeito *backlash* é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”. Nas palavras do brilhante professor de Harvard Cass Sunstein, o efeito *backlash* é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover a sua força legal”.

[...]

Em outras palavras, podemos dizer que o efeito *backlash* é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria [...].⁴

imaterial brasileiro, editada pouco mais de um mês após o julgamento da ADI 4983, como inequívoco fruto de pressão social e política de boa parte da população nordestina que explora e vive dessa mesma prática.

⁴ NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2018, p. 88-89. Com base na doutrina norte-americana, VICTOR, Sérgio A. F. afirma que: “*Backlash* é a intensa e persistente manifestação pública contra uma decisão judicial acompanhada de sérias tentativas de resistência ao seu cumprimento” (*Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 206). Ao concluir o estudo que fez do tema, MARLMELSTEIN, George entende que: “o *backlash* segue um processo que se inicia com uma decisão judicial polêmica, seguida de uma reação política de feição ideológica contrária ao ponto de vista adotado na decisão, que pode culminar com a ascensão política do grupo que critica a decisão e com a consequente aprovação de medidas que acarretam um retrocesso legislativo ao debate de fundo”. In: *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*:

O STF, em votos proferidos pelo Min. Luiz Fux, já reconheceu a existência desse fenômeno, consignando ser dever da Suprema Corte levá-lo em consideração como uma forma de aumentar a legitimidade democrática de suas decisões, revelando “responsividade à opinião popular”. Confira-se, a propósito, a passagem abaixo:

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam, como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.⁵

Esse tipo de reação legislativa integra a dinâmica própria dos chamados diálogos institucionais ou constitucionais que devem ocorrer entre os Poderes Legislativo e Judiciário, a fim de que seja encontrada a melhor interpretação que se possa extrair das normas constitucionais, de modo que não haja um órgão ou Poder que seja sempre o que dará a última palavra sobre o sentido e alcance da Constituição.

No constitucionalismo brasileiro, a doutrina aponta que:

[...] o número de normas editadas pelo Congresso Nacional declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de declará-las inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Isso revela uma postura deferente do STF em relação ao

reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional Acesso em 19.09.2018.

⁵ Trecho do voto proferido pelo Min. Luiz Fux na ADC 29, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012. A passagem transcrita encontra-se na página 27 do respectivo acórdão.

Congresso Nacional, com a consequente preservação da vontade majoritária, ao contrário do que alardeado.⁶

Além disso, nos pouquíssimos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF em que o Congresso Nacional reage mediante a edição de nova emenda constitucional, mudando o parâmetro de controle, percebe-se que o Tribunal se torna ainda mais deferente, pois, “com a aprovação de emenda constitucional, o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)”⁷ Afinal, o “Supremo só poderá invalidar emendas em caso de ofensa clara às cláusulas pétreas da Constituição”.⁸

Note-se que outra forma de se referir a esse mesmo fenômeno é por meio da expressão “leis *in your face*”, conforme bem explicado pelo Min. Luiz Fux, em outro julgado do STF,⁹ demonstrando que a superação legislativa de precedentes da Suprema Corte¹⁰ é fruto dos diálogos institucionais que devem ser travados entre os Poderes em questão, na definição conjunta do sentido e alcance das normas constitucionais.¹¹ Veja-se:

Sucedede que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), de vez que, além de equivocada, sob a ótica descritiva, não se afigura desejável, sob o ângulo prescritivo.

Por uma vertente descritiva, há diversos precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que *per se* desautorizariam a concepção de última palavra definitiva. Essa práxis dialógica, além de não ser incômodo na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

⁶ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 211. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, 2018, p. 154.

⁷ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 226.

⁸ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 226.

⁹ ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015.

¹⁰ O ministro arrola, ao longo de seu voto, uma série de precedentes reveladores do comportamento do STF – geralmente dialógico e deferente – diante de reversões legislativas a declarações anteriores da Corte no sentido da inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Em seguida, conclui pela “ausência [em nosso sistema constitucional democrático] de supremacia judicial em sentido forte e [pel]a abertura dialógica, por parte da Corte, a correções legislativas de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária” (página 23 do respectivo acórdão na ADI 5105). Tanto assim que, a seu ver, o “[...] Supremo Tribunal Federal agirá como um ‘catalisador deliberativo’, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214) (página 30 do mesmo acórdão).

¹¹ Até porque, como bem consignado pelo Min. Luiz Fux: “É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição” (final da página 23 do respectivo acórdão na ADI 5105).

Para os fins da presente discussão, reputo ser prescindível inventariar todas as hipóteses de reação legislativa, de modo que me restringirei a descrever alguns casos mais paradigmáticos, em especial quando a reversão jurisprudencial foi questionada perante o Tribunal. Com isso, será possível extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais reversões.

[...]

Da análise dos retromencionados arestos e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60 e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestricção e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte.

Como se vê no trecho acima transcrito, a reação do STF à reversão legislativa de sua jurisprudência constitucional dependerá do tipo de ato normativo que for utilizado pelo Congresso Nacional para tanto. Se for uma emenda constitucional, como no caso, ela somente será considerada inválida pela Corte se atentar, de forma clara, contra os limites definidos no art. 60 e seus §§, da Constituição; caso contrário, deverá prevalecer.¹²

Assim, é preciso estabelecer, neste trabalho, se na hipótese da EC nº 96/2017 está ou não presente alguma ofensa a esses limites, o que, aliás, sustenta-se, de forma positiva, nas ADIs 5728 e 5772, com base em argumentos que serão sumariados e examinados no item seguinte.

¹² Por outro lado: “Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, ‘quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.’ (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167)” (trecho do voto do Min. Luiz Fux, páginas 30-31 do acórdão na ADI 5105).

3. Vícios materiais de inconstitucionalidade apontados em relação à emenda constitucional da vaquejada

Nas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC 96/2017, acima indicadas, os requerentes sustentam, em síntese, os seguintes vícios de inconstitucionalidade: i) grave ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o argumento de que a proteção aos animais, inclusive domésticos, integra esse direito fundamental e compõe o seu núcleo essencial¹³; ii) falta de lógica e de razoabilidade no teor do §7º do art. 225, incluído pela EC 96/2017, “ao rotular, de forma artificiosa, como não cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam ‘manifestações culturais’ reguladas por lei específica”¹⁴.

Nosso principal objetivo é examinar essa segunda alegação, sustentada da seguinte forma pelo Ministério Público Federal, em sua petição inicial na ADI 5772, Rel. Min. Roberto Barroso:

A emenda constitucional ainda contém uma ilogicidade insuperável: define como não cruéis as práticas desportivas se forem reconhecidas como manifestação cultural. Ocorre que a crueldade intrínseca à determinada atividade não desaparece nem deixa de ser ética e juridicamente relevante pelo fato de uma norma jurídica a rotular como “manifestação cultural”. A crueldade ali permanecerá, qualquer que seja o tratamento jurídico a ela atribuído.¹⁵

¹³ Isso é expressamente defendido na petição inicial da ADI 5728, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Em função dos limites deste trabalho, não iremos aqui nos debruçar sobre essa alegação, a qual nos parece difícil de ser acolhida, tendo em vista que a não submissão dos animais à crueldade, pelo que se vê do art. 225 da Constituição, é um dos diversos elementos que conduzem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como deixa claro o seu §1º, no qual são arroladas diversas medidas que deverão ser adotadas pelo Poder Público, entre as quais se inclui a não submissão dos animais à crueldade. Além disso, a EC 96/2017 visou permitir somente as práticas desportivas que utilizem animais e que sejam, ao mesmo tempo, manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, assim regulamentadas por lei. Ou seja, não houve autorização ampla e sem controles legais para que toda e qualquer prática ou manifestação supostamente cultural possa se valer de animais, submetendo-os a tratamento cruel. Por esses singelos motivos, torna-se difícil afirmar, a nosso ver, que a EC 96/2017 atingiu o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como exige a jurisprudência do STF em matéria de controle material de constitucionalidade de emendas à Constituição. Confira-se: “[...] de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (trecho da ementa relativa ao julgamento da ADI 2024, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007). Ou, mais recentemente, como disse o Min. Luiz Fux, em seu voto condutor na ADI 5316 MC/DF: “[...] o controle de constitucionalidade das emendas deve ser reservado aos casos de inequívoca violação ao núcleo das cláusulas pétreas [...]” (página 27 do respectivo acórdão).

¹⁴ Passagem contida na petição inicial (página 14) da ADI 5772, ajuizada pelo PGR, de relatoria do Min. Roberto Barroso

¹⁵ Página 14 da exordial.

A despeito da correção do argumento, nota-se que o Procurador-Geral da República não explorou, com a devida profundidade, tudo que, em termos constitucionais, se pode extrair dessa ilogicidade da referida emenda.

Com efeito, a nosso ver, está em jogo aqui a tutela de uma garantia fundamental altamente relevante, consagrada em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, assim redigido: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como se sabe, o devido processo legal, em virtude de desenvolvimento jurisprudencial que recebeu no Direito norte-americano, deve ser compreendido, em sua faceta material, como um verdadeiro “limitador do arbítrio legislativo”, erigindo-se “em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social”.¹⁶ Como bem ressalta a doutrina:

O papel da cláusula *due process of law*, considerada sob o prisma isonômico, é justamente o de impedir o abuso do poder normativo governamental, isto em todas as suas exteriorizações, de maneira a repelir os males da *irrazoabilidade* e da *irracionalidade*, ou seja, do destempero das instituições governativas, de que não está livre a atividade de criação ou de concreção das regras jurídicas nas gigantescas burocracias contemporâneas.¹⁷

No caso da EC 96/2017, ao pretender retirar, de forma ilusória (meramente retórica), a crueldade de uma prática desportiva, pela mera circunstância de tal prática ser legalmente considerada uma manifestação cultural, acabou por desprezar, por assim dizer, a natureza das coisas, pois a crueldade ou não de uma prática desportiva, em relação aos animais que são por ela utilizados, é algo intrínseco ou imanente a essa mesma prática, fruto do conjunto de elementos e fatores que a definem em sua particular existência e dinâmica no mundo do ser.¹⁸ Logo, é evidente que não se pode alterar a natureza das coisas a golpes de papel e tinta.¹⁹ Por isso:

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 137.

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 139.

¹⁸ Por isso, não se pode admitir um conceito de crueldade que seja pura e exclusivamente normativo, como parece ter sido a intenção do constituinte reformador, ao editar a EC 96/2017. Assim: “No caso de determinada lei permitir práticas (ainda que ressaltando textualmente que vedada a crueldade e violação do bem-estar dos animais) que de fato, ou seja, comprovadamente mediante avaliação de seu procedimento e consequências concretas, impliquem crueldade para com os animais, por evidente que tal legislação — a exemplo do que ocorreu no caso da vaquejada tal como decidido (*sic*) pelo STF — encontra-se em flagrante contradição com a regra constitucional proibitiva”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protacao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.

¹⁹ Como bem pontuou o Min. Celso de Mello em seu voto na ADI 4983, valendo-se de contribuição do Deputado paulista Roberto Tripoli: “Inexiste norma legal que possa alterar a natureza dos fatos. Uma

[...] calha a advertência de Heinrich Stoll no sentido de que “se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder configurar o mundo segundo seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: *naturam expellas furca tamen usque recurret*”. Em verdade, ou se respeita a natureza das coisas, ou se há de enfrentar posteriormente os revezes da própria natureza aviltada, que acaba refluindo, mais cedo ou mais tarde, para exigir contas à sociedade e aos agentes da representação política e da implementação da ordem jurídica.²⁰

A propósito, não há dúvida de que a vaquejada é uma prática desportiva intrinsecamente cruel com os animais que nela são empregados. Isso ficou bem delineado nos votos vencedores, no julgamento da ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio. Para ilustrar esse ponto, confirmam-se as seguintes passagens de alguns desses votos:

Voto do Min. Marco Aurélio, Relator:

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas²¹ tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta da República.

prática violenta, que ameaça a integridade física e mental dos animais, não deixa de ser cruel porque a lei a classifica como desportiva ou cultural. E pelo princípio da moralidade, práticas dessa natureza devem ser abolidas, e não regulamentadas” (páginas 90-91 do respectivo acórdão).

²⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 218.

²¹ Interessante notar que esses dados empíricos não foram enfrentados, nem abordados, pelos ministros que ficaram vencidos na ADI 4983.

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. *Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento*²²

Voto do Min. Roberto Barroso:

62. Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. *Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos.* Primeiro, porque a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria.

63. Não desconsidero que há hoje os chamados “rabos artificiais”. Mas esse artefato, por si só, não é capaz de evitar que o animal sofra, já que ele é preso à própria cauda, que continua a sofrer estiramentos, tensões e lesões, causando dores incalculáveis aos animais. Além disso, o animal continuará tendo que ser derrubado. *Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar sua própria existência.* Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo ou maltratando-o de forma intencional”, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: *é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à crueldade.*²³ (grifo nosso).

²² Páginas 12-13 do acórdão.

²³ Páginas 54-55 do acórdão. Recomenda-se, ainda, a leitura do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, que também entende ser a vaquejada uma prática cruel por natureza, como ele bem ressalta nas páginas 90-91 do mesmo acórdão. Nos debates, o Min. Barroso, com certo tom irônico, consignou que: “[...] a definição de vaquejada é tracionar o rabo do boi para derrubá-lo e virá-lo com as quatro patas para cima

Assim, o legislador não pode ignorar ou fingir que não existe esse dado da realidade, que revela ser a vaquejada uma prática desportiva intrinsecamente cruel. Se assim agir, será arbitrário e autoritário, em total descompasso com o devido processo legal, sob o prisma material.²⁴ O repúdio a atos normativos arbitrários, por ofensa a essa importante garantia fundamental, já foi explicitado pelo STF, conforme se extrai do seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, §1º, E ART. 9º) – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, §1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: [...] *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, *mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do*

dentro da faixa. É claro que, se alguém quer acreditar que é possível fazer isso sem lesionar o boi, respeito. Mas é uma premissa que não se sustenta factualmente” (página 112 do acórdão).

²⁴ O Min. Roberto Barroso, invocando a dimensão deliberativa da democracia, já teve o ensejo de demonstrar que uma reação legislativa do Congresso Nacional a um julgamento de inconstitucionalidade do STF (efeito *backlash*) não pode ser uma imposição de “[...] leitura da Constituição, sem que fosse indicado qualquer elemento que pudesse ao menos justificar a revisão da interpretação que havia sido consagrada meses antes pelo próprio Tribunal. O único argumento utilizado pelo Congresso foi o argumento de autoridade, o qual, todavia, não se sustenta em um regime democrático”. (trecho do voto que ele proferiu na ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.10.2015, página 108 do acórdão). Na mesma página, o Min. Barroso já havia afirmado que não se pode admitir que o “[...] Congresso, simplesmente, esvazie uma decisão do STF porque quer, sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público”.

necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, *que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal*. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. [...] (ADI 1063 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022). (grifo nosso)

Assim, a EC 96/2017, ao instituir uma exceção – por meio da inclusão do §7º ao art. 225 da CF/1988 – à vedação que impede o tratamento cruel aos animais, padece de inconstitucionalidade material, justamente por ser uma inovação normativa arbitrária que fere por completo,²⁵ como visto, a garantia fundamental que dimana do *substantive due process of law*, incidindo, desse modo, na limitação material ao poder de reforma constitucional, prevista no art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.²⁶

Falamos que o §7º do art. 225 da Constituição Federal, incluído pela EC 96/2017, é uma exceção, porque não há dúvida de que o inciso VII do §1º do mesmo artigo, ao vedar *práticas que submetam os animais à crueldade* é uma norma regra, na exata concepção definida pela Teoria dos Princípios de Robert Alexy, estabelecida em sua obra seminal intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Como bem observado nesta obra: “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²⁷ (itálico no original)

No presente caso, estamos diante de uma determinação (uma vedação ou proibição) estabelecida pelo constituinte originário que impede, de forma clara e peremptória, qualquer prática que submeta animais a crueldade. Isso significa que o constituinte originário, ao elaborar a nossa Lei Maior, sopesou todas as razões em sentido diverso que poderiam ser extraídas de quaisquer princípios constitucionais, entre eles o previsto no art. 215, *caput* e §1º, da Constituição, e decidiu que deve prevalecer a impossibilidade de submissão dos animais a tratamento cruel.²⁸ Veja-se que esse raciocínio se encaixa perfeitamente no seguinte ensinamento de Robert Alexy:

²⁵ Parcela da doutrina destaca, com razão, a “técnica legislativa quase que escandalosamente inapropriada” de que padece a EC 96/2017. O trecho citado é do jurista SARLET, Ingo Wolfgang, Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protacao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.

²⁶ Quanto ao juízo de inconstitucionalidade que possa recair sobre uma emenda constitucional, é sempre bom ter em mente a observação do Min. Sepúlveda Pertence: “Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma”. (trecho da ementa do MS 24875, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2006, DJ 06-10-2006).

²⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2012, p. 91.

²⁸ Assim, o constituinte originário, ao solucionar a colisão entre os diferentes princípios envolvidos, estabeleceu a regra expressa no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que proíbe, de forma absoluta,

Quando, por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra. [...] as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes. A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado de vinculação à Constituição. E é apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, *do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...] Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.* Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. *É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.*²⁹ (grifo nosso)

Portanto, diferentemente do que se possa pensar à primeira vista, não há que se falar em colisão (real)³⁰ entre o princípio constitucional de proteção das manifestações

sem qualquer margem de relativização, a submissão de animais a atos de crueldade. Nesse sentido, checar SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 142. Cite-se, ainda, o seguinte trecho de voto proferido pelo Min. Luiz Fux, no RE 633703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2011, em que preservada a incidência plena da regra constitucional prevista no art. 16 da Constituição Federal, verdadeira garantia fundamental eleitoral, com base na qual se afastou a aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, *in verbis*: “[...] as regras se caracterizam justamente pela segurança e pela previsibilidade que decorrem de seu método subsuntivo de aplicação, que parte da hipótese de incidência para alcançar o comando nela cristalizado. E esse método de aplicação se justifica pois *as regras já representam uma decisão, pelo legislador, acerca da acomodação dos diversos vetores em jogo*, que, no caso dos princípios, ao contrário, é delegada pela lei ao aplicador, de modo a ser feita à luz das particularidades do caso concreto” (grifo nosso).

²⁹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2012, p. 139-140. Esse fenômeno normativo já foi reconhecido em outras ocasiões pelo STF, embora não com essa fundamentação técnica, como, por exemplo, em relação à confirmação da regra constitucional prevista no art. 128, §5º, II, “d”, da Constituição, norma essa que veda ao membro do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”, nos autos da ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.03.2016, na qual o Min. Luiz Fux afirmou em seu voto que “num confronto constitucional entre regras e princípios, não há como um princípio superar uma regra” (página 96 do acórdão).

³⁰ Como bem observa MIRANDA, Marcos Paulo de Souza: “Em verdade, defendemos que não há na situação em comento verdadeiro conflito entre o disposto nos artigos 215, parágrafo 1º, 216, parágrafo 1º com o preceituado no artigo 225, parágrafo 1º, VII da Constituição Federal, senão uma antinomia meramente aparente”. *In*: Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018. De modo mais fiel à teoria alexyana, SILVA, Virgílio Afonso da ensina que: “Em geral a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é

culturais populares (art. 215, *caput*, e §1º, da Constituição)³¹ e a regra que veda qualquer prática que submeta os animais a tratamento cruel (art. 225, §1º, VII, da Constituição), pois, como visto, “as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.”³²

Em verdade, a relação que existe entre uma norma constitucional e outra é de restrição, isto é, a regra que proíbe o tratamento cruel aos animais é uma *restrição diretamente constitucional* que o constituinte originário estabeleceu quanto ao princípio constitucional de proteção e estímulo às manifestações culturais brasileiras. Para ilustrar o ponto, veja-se o seguinte dispositivo constitucional: “todos podem reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (art. 5º, XVI, da CF/1988). Para Alexy:

[...] A cláusula “pacificamente e sem armas” pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem, nesse sentido, a natureza de regra.³³

Portanto, existe um não direito definitivo, estabelecido pelo constituinte originário, no sentido de que é terminantemente proibida a realização de qualquer

que o resultado de um processo de restrição ao princípio, *cuja expressão é a regra*” (itálico no original). In: *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 141.

³¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Aqui se tem um autêntico princípio constitucional, tendo em vista que a norma em questão é um mandado que deve ser otimizado na maior medida possível (O Estado deve proteger, apoiar e incentivar as manifestações culturais brasileiras no maior grau possível), consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas pertinentes.

³² Daí porque é equivocado afirmar algo como: “O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais”, como consta do voto do Min. Roberto Barroso, na ADI 4983, página 43 do acórdão, o qual, mais adiante (na página 45) fala em necessidade de sopesamento entre tais normas constitucionais. Também se equivocou, a nosso ver, o Min. Gilmar Mendes, ao concluir o seu voto vencido da seguinte forma: “Impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF” (página 148 do acórdão). Na doutrina, também há quem comete o mesmo erro: NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2018, p. 814.

³³ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2012, p. 287.

No mesmo sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 246-247, em que ela afirma que: “O exemplo acadêmico tradicional de *cláusula restritiva expressa* encontra-se no preceito que consagra o direito de reunir-se, o qual, nas diversas constituições democráticas, vem acrescido da expressão ‘pacificamente e sem armas’” (itálico no original).

prática ou manifestação cultural que submeta animais a tratamento cruel, como se dá com a vaquejada, a “farra do boi”, as “brigas de galo” e similares.³⁴ Por isso, tem toda razão o jurista SARLET, Ingo Wolfgang, ao dizer que:

Outrossim, causa espécie o recurso ao instituto da ponderação, que transparece em vários votos em todos os casos (inclusive no da vaquejada) no sentido de sopesar a proteção dos animais e a proibição de crueldade com direitos e princípios conflitantes, como se dá no caso de práticas culturais tradicionais em determinados ambientes.

O equívoco que aqui se busca desnudar, ao menos para efeitos de reflexão mais crítica, reside no fato de que a proibição de crueldade com os animais, a exemplo da proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante, assume a feição quanto à sua estrutura normativa, de regra estrita, que proíbe determinados comportamentos. *Tal regra já corresponde a uma “ponderação” prévia levada a efeito pelo constituinte e, por isso, não pode ser submetida a balanceamento com outros princípios e direitos. Nessa toada, qualquer manifestação cultural religiosa ou não, somente será legítima na medida em que não implique em crueldade com os animais.*

[...]

Tomando-se por referência a concepção (aqui propositadamente formulada em termos genéricos) de que consiste em crueldade toda e qualquer ação que inflige aos animais, de modo deliberado, um sofrimento relevante e desnecessário, deveria parecer elementar, já também pela circunstância já referida de que não se trata aqui propriamente de uma ponderação, que *práticas como a “vaquejada”, a exemplo do que ocorreu com a rinha de galo e a farra do boi, devem ser proscritas, ensejando eventual adequação dos ritos culturais, desde que respeitem a barreira sim absoluta representada pela vedação de crueldade com os animais não humanos.*³⁵ (grifo nosso)

³⁴ Isso foi bem compreendido pela Min.^a Rosa Weber, em seu voto na ADI 4983, ao notar que: “Nessa linha, se a Constituição diz que as manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado e também proíbe atos cruéis contra os animais, a Constituição está, com clareza solar, dizendo que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais” (página 69 do acórdão).

³⁵ A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protacao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>, acesso em 10.8.2018. O mesmo autor já havia feito uma reflexão semelhante no seguinte artigo: Legislativo pode abrir segundo turno de análise da vaquejada no STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/direitos-fundamentais-legislativo-abrir-segundo-turno-analise-vaquejada-stf>, acesso em 10.8.2018.

Disso decorre que o constituinte originário, visando estabelecer um novo patamar ético na relação entre os homens e os animais ou, nas palavras do Min. Roberto Barroso, um “valioso avanço no processo civilizatório”,³⁶ acabou por produzir um conceito eminentemente jurídico-constitucional de cultura, que não se confunde com uma visão meramente social e antropológica desse bem jurídico protegido pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, por mais antiga e tradicional que seja a prática ou a manifestação cultural.³⁷ Esse aspecto foi, inclusive, bem percebido pelo ministro aposentado do STF Carlos Ayres Britto, ao consignar que:

Os dicionários têm como expressão de cultura todo e qualquer arraigado hábito coletivo. Não a Constituição brasileira. Quero dizer: para os dicionários da língua portuguesa, a palavra cultura não é excludente de um tipo de tradição ou costume objetivamente malfazejo para o corpo social. Mas não é o que se dá com a Constituição brasileira, torno a dizer. Para ela, somente é qualificado como bem jurídico o costume socialmente benfazejo. A cultura que interessa ao Direito é aquela por ele mesmo prestigiada. Que é a única vinculante das pessoas e das instituições. A que exclusivamente importa. A que solitariamente vale. Pelo que a cultura contrária nem cultura é. Nem cultura é senão como triste registro vocabular-prosaico ou coloquialmente dicionarizado.³⁸

Percebe-se, assim, que o constituinte originário, ao fixar a vedação contida no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, decidiu imprimir um novo patamar ético-moral à sociedade brasileira, nas suas relações com os animais, em clara sintonia, a nosso ver, com o fim maior, contido no preâmbulo de nossa Magna Carta, de que venhamos a ser uma sociedade realmente “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

³⁶ Passagem que consta em seu voto, proferido nos autos da ADI 4983, página 39 do acórdão. Na página 40, referido ministro afirma que “o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais”. Com esse pensamento, parece concordar o Min. Celso de Mello, ao dizer, em seu voto, que: “O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas [...]” (página 94 do acórdão). Já a Min.^a Rosa Weber, por sua vez, considerou que a vaquejada é “[...] um hábito que não mais se sustenta frente aos avanços da humanidade” (página 74 do acórdão).

³⁷ Para o Min. Roberto Barroso, com o qual também estamos de acordo: “[...] o processo civilizatório nos impõe nos opormos historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas sejam erradas” (página 62 do acórdão na ADI 4983). De forma mais enfática, o Min. Barroso acentuou, durante os debates com os demais ministros, que: “[...] a tradição cultural já foi a de que os estrangeiros eram escravizados, que negros eram inferiores, que mulheres não podiam se alfabetizar, que *gays* deveriam ser mortos. Já houve tradições culturais de todo tipo. A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento” (página 108 do acórdão).

³⁸ *Apud* MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018.

controvérsias”; na qual não se admite, de forma alguma, que o ser humano seja “submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III)³⁹. Logo, uma sociedade pacífica e que não aceita qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante não pode permitir, sob nenhum pretexto, atos de crueldade contra os animais.

Ao contrário, eles devem ser tratados com o devido respeito e consideração, pelo menos por contribuírem, de forma decisiva, para que tenhamos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao consagrar a vedação de que eles sejam submetidos à crueldade, o constituinte originário passou a mensagem de que:

O atual estágio evolutivo [da] humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introdução da dimensão ecológica ao Estado de Direito. [...]

A Constituição, no seu artigo 225, §1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.⁴⁰

Esse avanço civilizatório conferido pelo constituinte originário, a nosso ver, deve ser mantido, justamente por fazer parte do cerne da nossa Constituição e da nossa identidade social por ela delineada, configurando verdadeira cláusula pétrea implícita,⁴¹ que não pode ser desconsiderada, em nenhuma medida, pelo constituinte derivado reformador.

Logo, pelos motivos acima aduzidos, consideramos inconstitucional a EC 96/2017, a qual acrescentou o §7º ao art. 225 da CF/1988.

³⁹ Mais um direito fundamental que tem a estrutura de regra e que não admite qualquer exceção, fazendo parte do que se considera como o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a lição de SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 201-202; em que ele afirma que essa norma de direito fundamental “[...] impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”.

⁴⁰ Trechos do voto da Min.^a Rosa Weber, na ADI 4983, página 73 do respectivo acórdão. Por isso, consideramos que a EC 96/2017 é um duplo retrocesso em nossa ordem constitucional: ambiental e civilizatório.

⁴¹ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang: “[...] sustenta-se, no âmbito da doutrina pátria, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição [...]. Também entre nós a doutrina majoritária reconhece a existência – para além dos limites expressamente positivados na Constituição – de limites materiais implícitos à reforma constitucional”. In: *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 432-433.

4. Considerações finais

Ante o exposto, podemos tecer as seguintes conclusões:

i) A Emenda Constitucional nº 96/2017, ao lado de outras medidas legislativas, como a Lei Federal nº 13.364/2016, constitui autêntico exemplo do chamado efeito *backlash*, por ser uma clara reação do Poder Legislativo da União à declaração de inconstitucionalidade que recaiu sobre a prática desportiva denominada “vaquejada”, efetivada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016.

ii) Embora seja difícil sustentar e demonstrar que a EC 96/2017 ofenda o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é possível constatar, sem sombra de dúvida, que o §7º do art. 225 da Constituição Federal, por ela acrescido, ao se revestir de uma clara ilogicidade em seu teor, ofende, em sua integralidade, a garantia constitucional fundamental que resulta do devido processo legal, em sua vertente material, no qual se assenta o princípio da razoabilidade. Tal princípio, como visto, não admite a edição de leis e atos normativos arbitrários e autoritários, que menosprezam a natureza das coisas; e, sendo ele uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF/1988), legitima-se a conclusão de inconstitucionalidade da EC 96/2017.

iii) Além disso, como a regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da CF/1988, a qual veda, em toda e qualquer situação, a submissão de animais a tratamento cruel constitui clara opção do constituinte originário de avanço civilizatório da sociedade brasileira, nas relações que nós, cidadãos, travamos com os animais, é de se concluir que essa norma constitucional se revela como uma espécie de cláusula pétrea implícita, porque relativa ao cerne da identidade de nossa ordem constitucional e, como tal, não pode ter o seu sentido e alcance reduzidos ou restringidos pelo constituinte derivado reformador, em virtude da absoluta ausência de poderes para tanto, razão pela qual, com base também nesse fundamento, é de se reputar inconstitucional a EC 96/2017.

Assim sendo, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, diante da evidente ausência de lastro constitucional para a adoção de uma postura deferente em relação ao Poder Legislativo;⁴² e em face dos argumentos acima delineados, julgue procedente o pedido de inconstitucionalidade formulado nas ADIs 5728 e 5772 (ambas ainda em andamento), a fim de que seja extirpado do nosso ordenamento jurídico-constitucional o §7º do art. 225 da Constituição Federal, acrescido pela EC 96/2017, mantendo-se o entendimento já consagrado pelo plenário da Corte de que a vaquejada é uma prática desportiva intrinsecamente cruel e, por conseguinte, inconstitucional.

⁴² A esperança, assim, é de que o STF exerça o seu papel iluminista, conforme defendido pelo Min. Roberto Barroso, no sentido de que a Corte promova “determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório” (*A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, 2018, p. 11. Conferir, quanto à visão que o autor tem sobre os três principais papéis das Cortes Constitucionais, especialmente o capítulo 3 da obra, p. 153-177). Aqui, porém, a rigor, a postura do STF que se deseja venha a ser adotada, no futuro julgamento daquelas ADIs, apenas asseguraria o papel iluminista que foi de fato exercido pelo constituinte originário, ao vedar a submissão dos animais à crueldade (art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal), de modo que o STF estaria unicamente a desempenhar, de forma claramente legítima, o seu indiscutível papel de guardião da Constituição.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional, acesso em 19.09.2018.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____. A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>, acesso em 10.8.2018.
- _____. Legislativo pode abrir segundo turno de análise da vaquejada no STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/direitos-fundamentais-legislativo-abrir-segundo-turno-analise-vaquejada-stf>, acesso em 10.8.2018.
- _____. Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria

Emerson Garcia*

Sumário

1. Contextualização do problema. 2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional. 3. A sanção de cassação de aposentadoria. Epílogo.

1. Contextualização do problema

É relativamente comum que as leis que disciplinam o regime jurídico dos servidores públicos nos distintos níveis federativos ou mesmo que versem sobre carreiras específicas, a exemplo da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Magistratura, disponham sobre os seus direitos e deveres, tipifiquem infrações disciplinares e ainda tratem, ao menos em suas linhas gerais, do processo administrativo disciplinar.

As infrações disciplinares são integradas pelos preceitos primário e secundário: enquanto aquele descreve a conduta ilícita, trazendo consigo uma norma proibitiva implícita, este último detalha as respectivas sanções. De um modo geral, a sanção mais grave é a demissão, que acarreta a dissolução do vínculo funcional.

Sensível à constatação de que o vínculo funcional também pode ser abreviado com a fruição de um direito social em particular, a aposentadoria, quer voluntária, quer compulsória, as leis que versam sobre regimes jurídicos costumam prever outra sanção, cujo fim precípua é o de evitar a impunidade caso o servidor público pratique uma infração administrativa e não seja punido em momento anterior à passagem para a inatividade. Trata-se da cassação da aposentadoria¹.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que promoveu amplas e viscerais alterações no sistema de previdência

* 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). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ À guisa de ilustração, vide Lei nº 8.112/1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), art. 127, IV; Lei Complementar nº 75/1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), art. 239, V; e Lei Complementar nº 80/1994 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências), arts. 50, §1º, V; 95, §1º, V; e 134, §2º.

social, foi incluído o §14 no art. 37 da Constituição de 1988, com o seguinte teor: “a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”.

Nas definições oferecidas por Di Pietro,² *cargo* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor estatutário; *emprego* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor celetista; *função* é o conjunto de atribuições exercidas por servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX, da CRFB/1988, ou por servidores em função de chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não tenha criado o respectivo cargo (normalmente, funções de confiança ou cargos em comissão previstos no art. 37, V, da CRFB/1988).

Fica evidente, portanto, o alcance do §14 do art. 37 da Constituição de 1988: utilizado, para fins de aposentadoria, o tempo de contribuição decorrente do vínculo mantido com a Administração Pública, direta ou indireta, tem-se o correlato rompimento do vínculo que gerou esse tempo de contribuição. Apesar da simplicidade dessa constatação, algumas vozes se levantaram para sustentar que o preceito teria alcance mais amplo, acarretando a ausência de recepção, com a correlata revogação tácita, das normas estatutárias que cominavam a pena de cassação de aposentadoria. Assim entendem com base na premissa de que, até a reforma constitucional, a passagem para a inatividade não dissolveria o vínculo funcional, sendo justamente esse vínculo que possibilitava a aplicação da referida sanção. Uma vez dissolvido o vínculo, por imposição constitucional, não mais é possível a aplicação de uma sanção que o pressupõe.

O objetivo de nossas breves reflexões é justamente o de demonstrar o equívoco do entendimento que apregoa a supressão, da nossa ordem jurídica, da sanção de cassação de aposentadoria.

2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional

Até o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, a aposentadoria gerava distintos efeitos conforme a natureza do vínculo funcional mantido com a Administração Pública, vale dizer, se cargo ou emprego público.

Tratando-se de cargo público, a passagem para a inatividade produzia, como principal consequência, a dissolução do vínculo funcional. O inativo deixa de integrar a carreira, não mais é alcançado pelos direitos, deveres e prerrogativas concernentes ao regime jurídico e o valor que lhe é devido, transmutado de remuneração ou subsídio em provento, passa a ser da alçada de uma unidade previdenciária.

Carreira, de acordo com a doutrina especializada, indica o conjunto de classes, as quais congregam vários cargos, sendo organizada de modo a permitir a progressão

² *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 684-686.

funcional consoante os critérios previstos em lei, normalmente o mérito e a antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional. Com a inatividade, o agente público deixa de integrar a carreira, já que não mais ocupa o cargo para o qual fora nomeado. Dessa maneira, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo órgão do inativo. Não é por outra razão que os regimes jurídicos em geral tratam do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento.

Com a passagem para a inatividade, tem-se a dissolução do vínculo funcional do agente público, que deixa de integrar a respectiva carreira. Por tal razão, o agente não mais é alcançado pelos direitos e deveres afetos aos servidores públicos em geral e não mais fruirá as prerrogativas concernentes ao cargo outrora ocupado. À guisa de ilustração, ao passarem para a inatividade, os agentes que possuíam o foro por prerrogativa de função não mais o terão³, o mesmo ocorrendo em relação àqueles que tinham porte de arma, constatação que é reforçada pela existência de diversas normas dispendo sobre o porte de arma dos inativos⁴, claro indicativo de que as prerrogativas da ativa não se estendem automaticamente para a inatividade. Tal ocorre justamente em razão da cessação do vínculo.

O inativo, por não mais integrar o quadro de agentes que atuam em prol da Administração Pública, não está sujeito aos efeitos do princípio hierárquico. Sob o prisma do superior hierárquico, deixa de se projetar, sobre o inativo, os poderes de direção, controle e de mutação de competência, neste último caso com a possibilidade de resolução de conflitos de competência, delegação e substituição primária.⁵ Em relação ao inativo, desaparece o dever de obediência. Deixa de existir o dever de cumprir ordens ou a possibilidade de ter os seus atos anulados ou revogados, respectivamente, por razões de ilegalidade ou conveniência. O aspecto mais sintomático da dissolução do vínculo funcional é o de que a passagem para a inatividade faz que os indivíduos simplesmente deixem de ser agentes públicos, não podendo mais, na síntese de

³ Vide: STF, Pleno, Tema nº 453, RE nº 549.560/CE, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 30/05/2014; 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/09/2007, DJ de 23/11/2007; e 2ª T., RE nº 295.217/RJ, Rel. Min. Nêri da Silveira, j. em 08/04/2002, DJ de 26/04/2002. A respeito dos magistrados, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vitaliciedade é garantia inerente aos ativos, não amparando o foro por prerrogativa de função após a aposentadoria (STF, Pleno, RE. nº 546.609/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 29/05/2014).

⁴ V.g.: Lei Complementar nº 75/1993, art. 234 (membros do Ministério Público da União); Lei nº 7.289/1984 (Policiais Militares do Distrito Federal, art. 50); Lei nº 6.880/1980, art. 50 (Oficial das Forças Armadas); e Decreto nº 9.847/2019, art. 30, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento e dispõe sobre os requisitos para o porte de arma dos inativos que, enquanto em atividade, têm essa prerrogativa assegurada.

⁵ Cf. OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 109-153.

Maurer⁶, “praticar atos administrativos (*Verwaltungsakte*) ou celebrar contratos administrativos (*Verwaltungsverträge*)”.

A passagem para a inatividade faz surgir o direito à percepção dos respectivos proventos, que não são integrados à folha de pagamento regular. Os proventos exigem a formalização de um novo ato jurídico, distinto da nomeação para o cargo público e correlata posse, consistente no ato de aposentação, que deve ser objeto de registro no âmbito do Tribunal de Contas competente (CRFB/1988, art. 71, III), momento em que se aperfeiçoa juridicamente e sua eficácia torna-se definitiva. Cada ente federado que possua regime próprio de previdência social contará com uma única unidade gestora, que será responsável pela realização de todos os pagamentos. O disposto no art. 40, §20, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, não deixa margem a dúvidas a esse respeito ao dispor que fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvada a situação dos militares das Forças Armadas.

Enquanto estiver na ativa, o agente público manterá uma relação jurídica de ordem funcional com o ente público ao qual está vinculado. Com a passagem para a inatividade, essa relação jurídica é dissolvida, daí decorrendo uma nova relação, desta feita com o ente gestor do regime de previdência social. De acordo com o §14 do art. 37 da Constituição de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 103/2019, essas duas relações jurídicas não podem subsistir em hipótese alguma. A possibilidade de coexistência sempre foi rechaçada em relação aos ocupantes de cargos públicos sujeitos a Regime Próprio de Previdência Social, o que decorria da forma de acesso e da visão de que a aposentadoria era o corolário de um vínculo funcional em particular, que influa diretamente na fixação e no reajuste dos respectivos proventos. O mesmo já não se verificava em relação aos empregos públicos, nos quais a relação jurídica do agente com o seu empregador era regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estando vinculado, como contribuinte obrigatório, ao Regime Geral de Previdência Social, sendo os proventos fixados com base no binômio tempo e valor de contribuição, com influência, em alguns casos, dos aspectos circunstanciais da atividade desenvolvida, a exemplo da insalubridade.

A CLT fazia menção a essa temática em seu art. 453, com a redação dada pela Lei nº 6.204/1975, segundo o qual, “no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.” A aposentadoria voluntária, portanto, acarretava a extinção do contrato de trabalho. Em momento posterior, a Lei nº 9.528/1997 inseriu dois parágrafos nesse preceito: de acordo com o primeiro, “na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação

⁶ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 532.

de concurso público”; o parágrafo segundo, por sua vez, dispunha que “o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

Instado a se pronunciar sobre a compatibilidade do §1º do art. 453 da CLT com a ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela negativa, “quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício”.⁷ Ao ver do Tribunal, por serem duas relações jurídicas distintas, mantidas, respectivamente, com o empregador e o Regime Geral de Previdência Social, o surgimento desta não importava na extinção daquela.

Vale ressaltar que o §2º do art. 18 da Lei nº 8.213/1990, em sua redação original, dispunha que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei”. Como se percebe, era expressamente prevista a possibilidade de o aposentado continuar em atividade, constatação que permanece a mesma com a redação atual, atribuída pela Lei nº 9.528/1997, segundo a qual “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, esse preceito não mais será aplicado aos empregados públicos.

3. A sanção de cassação de aposentadoria

É preciso distinguir os efeitos das medidas de demissão e cassação da aposentadoria. A primeira apresenta contornos imediatamente funcionais e imediatamente patrimoniais, já que dissolve a relação jurídica mantida com o Poder Público e, em consequência, priva o agente público da percepção da contraprestação pecuniária devida pela atividade desempenhada. A segunda, por sua vez, é essencialmente patrimonial, impedindo que o indivíduo continue a receber um benefício financeiro decorrente de atividades, públicas ou privadas, que desempenhou durante a sua vida laborativa. Este último aspecto torna-se particularmente perceptível ao observarmos que o regime previdenciário, na atualidade, possui natureza contributiva, de modo que o indivíduo, durante toda a sua vida funcional, forma um vínculo de natureza previdenciária, com o ente definido em lei, habilitando-o a gozar de certos benefícios tão logo preencha os requisitos exigidos.

⁷ Pleno, ADI nº 1.770/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2006, DJ de 01/12/2006.

A exemplo da demissão, a aposentadoria também acarreta a cessação do vínculo funcional, de modo que o indivíduo continue a receber uma contraprestação pecuniária sem realizar qualquer atividade de cunho laborativo. Há, portanto, uma ruptura do vínculo funcional originário. A situação jurídica do agente, doravante, será regida por outro vínculo, este de natureza previdenciária, mantido com o mesmo ente federado (v.g.: servidor federal aposentado recebe benefício previdenciário dos cofres da União) ou com ente federado diverso (v.g.: servidor municipal pode vir a receber o seu benefício previdenciário do Instituto Nacional de Seguridade Social, autarquia federal). É evidente, portanto, que a remuneração regular está associada ao exercício da função pública e o benefício previdenciário ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei, com especial ênfase ao imperativo recolhimento da contribuição previdenciária. Esse recolhimento, vale observar, também pode estar associado ao exercício de uma atividade privada ou de atividade pública pretérita e diversa, cujo lapso de exercício pode ser computado para fins de gozo do benefício previdenciário a ser atribuído, ao agente público, ao passar para a inatividade.

Nesse momento, já é possível constatar, com relativa clareza, que a situação jurídica do agente inativo não é mera continuação da situação por ele ostentada quando em atividade. É factível que demissão e cassação da aposentadoria são sanções ontologicamente diversas e que produzem efeitos distintos na esfera jurídica do indivíduo. Não podem, portanto, ser vistas como verso e reverso da mesma moeda. Na medida em que consubstanciam sanções distintas, somente poderão ser aplicadas quando previstas em lei (v.g.: a Lei nº 8.112/1990, que veicula o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, comina, nos incisos III e IV do art. 127, as sanções de “demissão” e “cassação de aposentadoria ou disponibilidade”⁸). A ausência de cominação da sanção de cassação de aposentadoria não permitiria fosse considerada implícita na sanção de demissão.

A cassação da aposentadoria não é o *símile* da demissão. O *símile* da demissão, em verdade, é a aposentadoria, já que ambas produzem o efeito de dissolver o vínculo funcional. René Chapus⁹, ao tratar do “fim da carreira dos funcionários públicos”, distinguiu o “modo normal”, que decorre do atingimento da idade máxima, dos “outros modos”, que podem ser de iniciativa da Administração, nas hipóteses legais, a exemplo da demissão, ou do funcionário, neste último caso com o requerimento de aposentadoria ou de dispensa.

A sanção de cassação de aposentadoria tanto pode resultar da incidência do direito administrativo sancionador, sendo aplicada, portanto, por uma autoridade administrativa, como decorrer de um processo judicial, como emanação do direito sancionador judicial *cível lato sensu*, a exemplo do que se verifica em relação ao

⁸ O STF já decidiu da seguinte forma: “Mandado de Segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos... Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito”. (Pleno, MS nº 22.728-1, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/4/1998, DJU de 13/11/1998). O STJ, analisando a situação de Delegatário de Serventia do Registro Público, assentou que “ainda que estivesse aposentado voluntariamente, a perda do benefício poderia ter sido imposta em processo disciplinar, sem que isso consistisse em afronta a direito adquirido. Precedentes do STJ e STF” (5ª T., RMS nº 17.115/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 1º/6/2004, DJU de 28/6/2004).

⁹ *Droit administratif general*, Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, p. 228-231.

membro do Ministério Público. Em ambos os casos, a causa de pedir está associada a um ilícito praticado durante o exercício funcional, mas em nenhuma delas o poder sancionador é legitimado pelo vínculo funcional. Essa constatação, certamente óbvia quando a sanção é aplicada por um órgão jurisdicional, também se situa no mesmo patamar da obviedade quando aplicada por autoridade administrativa. Assim ocorre porque a aplicação do direito administrativo sancionador não está condicionada à existência de vínculos dessa natureza, o que é facilmente perceptível no nosso cotidiano, em que a Administração Pública aplica sanções pela infração às mais variadas normas, a exemplo daquelas afetas ao trânsito e às posturas municipais.

Não custa lembrar que a sistematização, enquanto disciplina autônoma, do “direito administrativo sancionador” ou do “direito sancionador administrativo”, foi proficuamente oferecida pelos juristas espanhóis. Tal certamente foi influenciado pelo teor do art. 25, 3, da Constituição espanhola de 1978, *verbis*: “[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Na medida em que a própria ordem constitucional reconheceu, expressamente, a possibilidade de a Administração impor sanções, era imprescindível identificar as bases em que tal se daria. Alejandro Nieto¹⁰, célebre monografista do tema e cujo aprofundamento dogmático em muito dificulta a tarefa daqueles que tentam se aventurar nessa seara, há muito esclareceu a funcionalidade do “*derecho administrativo sancionador*”: ele decorre do “poder sancionador da Administração”, tão antigo que, durante vários séculos, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Referido poder, à evidência, coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos países, à seara penal. Esse aspecto também foi realçado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹, ao afirmarem, referindo-se à “*potestad sancionatoria administrativa*”, que “[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”. O direito administrativo sancionador, portanto, não pressupõe, sempre e sempre, a existência de vínculo funcional.

Epílogo

Ao introduzir um §14 no art. 37 da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 103/2019 não produziu feito outro senão o de obstar a continuidade do vínculo funcional do ocupante de cargo, emprego ou função pública que tenha se aposentado com a utilização do tempo de contribuição correspondente a esse vínculo. Com isso, foi superado o entendimento anterior, encampado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aposentadoria, embora extinguisse o vínculo funcional dos ocupantes de cargo público, não tinha o condão de extinguir a relação de trabalho, o que permitia a manutenção do emprego público. Em consequência, não há qualquer óbice à aplicação da sanção de cassação de aposentadoria caso estejam presentes os seus pressupostos justificadores.

¹⁰ *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

¹¹ *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.

Ganha, mas não leva. Por que o vencido nas ações civis públicas não paga honorários sucumbenciais ao Ministério Público?

Heloisa Carpena*
Renata Ortenblad**

Sumário

1. A questão da sucumbência nas ações coletivas. 2. A inexplicável guinada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. Simetria (*rectius*) igualdade e supremacia do interesse público. 4. Fundamentos da condenação do réu sucumbente: simetria ou isonomia? 5. Para a urgente revisão do tema.

Resumo

O Ministério Público faz jus ao recebimento de honorários de sucumbência quando vencedor nas ações civis públicas. A tese contrária, rechaçada em precedentes do STJ, fundamenta-se em simetria em relação ao réu, porém não é aplicada aos demais autores ideológicos, inclusive à Defensoria Pública. A condenação nas verbas sucumbenciais deve ser vista como instrumento de desestímulo à judicialização dos conflitos. As autoras propõem a revisão do entendimento jurisprudencial pela divergência de decisões mais recentes das Cortes estaduais.

Abstract

The Attorney General's Office is entitled to receive the defeated party's fees whenever the prosecutor brings a successful collective lawsuit. The Superior Court of Justice (STJ) precedents against the argument should not be grounded on the principle of equality of the parties but, on the contrary, preference should be given to the respect of isonomy among the ideological plaintiffs. Attorneys' fees and litigation expenses should be imposed by the judge as a punitive measure on those that caused the dispute. The article proposes a revision of the case-law through appeals based on most recent local courts decisions.

Palavras-chave: Sistema processual das ações coletivas. Honorários sucumbenciais a favor do Ministério Público. Jurisprudência do STJ. Revisão da tese pela divergência.

* Procuradora de Justiça aposentada do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professora da PUC-Rio.

** Advogada.

Keywords: *Collective actions system. Payment of defeated party's fees in favour of the Attorney General's Office. Proposal to review the case-law.*

1. A questão da sucumbência nas ações coletivas

O princípio da sucumbência é tema das primeiras lições de processo civil, sendo intuitiva a regra de que o perdedor deve suportar o pagamento das despesas processuais. Na grande maioria dos casos, segundo os manuais do processo civil, sucumbe aquele que deu causa ao ajuizamento da lide, pois, “se tivesse reconhecido o direito daquele que terminaria por vencer, não teria havido necessidade de se ir a juízo”.¹ Logo, a responsabilidade pelo pagamento das despesas tem nítido caráter sancionatório, recaindo sobre aquele que resistiu à pretensão, afinal reconhecida como legítima pelo Judiciário.

Assim é nas ações individuais e também nas ações coletivas. O processo coletivo, à míngua de disciplina própria sobre a sucumbência, remete o intérprete à disciplina do direito processual “comum”. Não há, efetivamente, peculiaridades da tutela coletiva que recomendem tratamento distinto quanto à sucumbência. Se houvesse regra própria da ação civil pública, a norma deveria ser mais gravosa para o réu que obrigou o autor ideológico a litigar após recusar as simples e eficazes formas de solução extrajudicial, típicas dos conflitos de massa, como o compromisso de ajustamento.

As únicas normas da lei especial que trataram do tema – os arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85 – foram instituídas precisamente para proteger os autores coletivos, em regra eximidos da responsabilidade pelas despesas processuais, assim estimulando a proteção metaindividual dos direitos sociais. A tutela coletiva de direitos, introduzida pela Lei da Ação Civil Pública e ampliada pelo Código de Defesa do Consumidor, surge como a “segunda onda” de acesso à Justiça, na visão do eminente Prof. Mauro Cappelletti.² Sendo assim, é marcante a preocupação do legislador em eliminar obstáculos que pudessem se opor às iniciativas dos portadores dos interesses coletivos e, conseqüentemente, incentivar sua atuação em favor dos grupos sociais.

Embora seja concorrente à legitimação ativa, há mais de três décadas o Ministério Público vem exercendo o protagonismo na defesa judicial e extrajudicial de interesses metaindividuais, em diversas e cada vez mais especializadas áreas. A tutela coletiva de direitos, desde sua gênese no sistema jurídico brasileiro, tem no *Parquet* o principal portador dos interesses da sociedade, como se vê da própria normativa constitucional (CF art. 129). Esta mudança no perfil do MP provocou uma renovação da cultura institucional, não mais voltada para o parecerismo na área cível, mas sim para a atuação como parte, com os riscos inerentes a essa atividade.

A atribuição das novas funções institucionais exigiu dos Ministérios Públicos de todo o Brasil a formação e a especialização de seus quadros, assim como um

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 183.

² A tutela dos interesses difusos. In: *Revista da Ajuris*. nº 33, p. 174, 1985.

suporte técnico até então inéditos.³ A atuação na tutela coletiva depende não apenas do aporte de conhecimentos em assuntos tão variados como orçamento público (na proteção dos direitos do cidadão) e biodiversidade (proteção do meio ambiente), como o trabalho de apoio especializado de peritos e de um corpo de funcionários para realização de diligências e para a própria tramitação dos inquéritos civis, que, em algumas promotorias, podem chegar aos milhares. Não resta dúvida de que a atuação como parte representa custos financeiros, indispensáveis à efetivação dos interesses coletivos que incumbe ao MP defender.

Curiosamente, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça a tese de que o MP, quando vencedor nas demandas coletivas nas quais figura como autor, não tem direito ao recebimento de honorários sucumbenciais. Esta orientação jurisprudencial é observada nacionalmente, como se constata em inúmeras decisões que, de forma acrítica e sem o necessário enfrentamento do tema, se limitam a reproduzir os fundamentos adotados pelo STJ.

Trata-se de questão da maior relevância, não apenas para o *Parquet*, mas para todos os autores coletivos. Relevante, não apenas do ponto de vista econômico, mas para o próprio gerenciamento dos conflitos de massa, tendo em vista o caráter dissuasório da condenação nas verbas sucumbenciais.

Este artigo pretende trazer para o debate a questão da sucumbência nas ações coletivas, respondendo aos principais argumentos que apoiam o entendimento hoje dominante, com dados pesquisados que mostram a evolução da jurisprudência do STJ sobre o tema e, finalmente, informar sobre o panorama atual nos Tribunais estaduais, com recentes decisões que impulsionam a revisão da questão.

2. A inexplicável guinada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A Lei nº 7.347/85, que introduziu as ações coletivas no sistema jurídico brasileiro, não disciplinou a questão da sucumbência, remetendo o tema ao direito processual “comum”. A Lei da Ação Civil Pública previu, apenas, que a condenação dos autores ideológicos teria caráter excepcional, autorizada unicamente nos casos de comprovada má fé da associação autora. Vale lembrar a redação dos dispositivos, com as modificações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 17. *Em caso de litigância de má-fé*, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

³ Para um retrospecto da evolução interna dos órgãos especializados, permita-se remeter ao nosso: “Tutela coletiva em 2º. Grau. A experiência da criação das procuradorias especializadas no Ministério Público do Rio de Janeiro.” In: *Revista de Processo*. Ano 38. nº 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro 2013, p. 295-326. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n 51, jan./mar. 2014, p. 93-118.

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, *salvo comprovada má-fé*, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Grifou-se.)

Na falta de previsão específica quanto à responsabilidade pelas despesas processuais, nos casos em que não haja “comprovada má-fé”, deve ser aplicado o art. 19 da Lei nº 7.347, isto é, a questão vai ser regulada pela lei processual civil, atualmente, pelo art. 85 do CPC. Há, portanto, um duplo regime da sucumbência nas ações coletivas, descrito de forma precisa em aresto da lavra do Min. Luiz Fux que, em sede de Recurso Especial, decidiu a favor da tese, confira-se:

O ônus da sucumbência na Ação Civil Pública subordina-se a um duplo regime, a saber: (a) Vencida a parte autora, aplica-se a *Lex specialis* (Lei nº 7.347/85), especificamente os arts. 17 e 18, cuja *ratio essendi* é evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais e (b) Vencida a parte ré, aplica-se *in totum* o art. 20 do CPC, na medida em que, à míngua de regra especial, emprega-se a *lex generalis, in casu*, o Código de Processo Civil. 13. A doutrina sobre o tema assenta:

(...) Em relação ao réu, faz-se aplicável a regra do art. 20 do CP Civil, uma vez que inexistente regra específica na Lei nº 7.347/85, e ainda em razão da incidência do diploma processual geral, quando não contraria suas disposições (art. 19). Sendo procedente a ação, deve o réu, vencido na demanda, arcar com os ônus da sucumbência, cabendo-lhe, em consequência, pagar ao vencedor as despesas processuais e os honorários advocatícios. Como o vencedor não terá antecipado o valor das despesas processuais, o ônus se limitará ao pagamento da verba honorária. (...). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *in*: Ação Civil Pública, Comentários por Artigo, 6ª ed; Lúmen Juris; Rio de Janeiro, 2007, p. 485/486)

14. Sob esse enfoque a jurisprudência desta Corte:

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Ação civil pública que perdeu o objeto no curso do processo, em razão de diligências assumidas pelo réu. Responsabilidade deste pelos honorários de advogado, porque deu causa à demanda. Recurso especial não conhecido. (RESP 237.767/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, publicado no DJ de 30.10.2000). (STJ;

Primeira Turma; REsp 895.530 PR; Rel. Ministro Luiz Fux; Julg. 14/04/2009; DJe 05/05/2009)

Como se vê, até meados do ano de 2009, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era favorável à condenação do réu vencido em ações civis públicas ao pagamento de honorários em benefício do Ministério Público. Pacificamente, o Tribunal da Cidadania aplicava a doutrina do duplo regime à sucumbência no processo coletivo, conferindo interpretação restritiva ao privilégio processual previsto na Lei de Ação Civil Pública, de modo a afastar o princípio da simetria e limitar a isenção de honorários ao autor coletivo.

Aquele momento, no entanto, marcou a mudança no posicionamento da Corte, que, em embargos de divergência, passou a adotar o entendimento oposto a partir de voto condutor da Min.^a Eliana Calmon, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei nº 7.347/85. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos. (STJ; Primeira Seção, REsp 895.530/PR, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, julg. 26/08/2009)

A abrupta guinada pretoriana pode ser ilustrada pelos dois arestos colacionados abaixo. Tendo sido ambos proferidos no ano de 2009, com intervalo de apenas dois meses, expõem posicionamentos diametralmente opostos quanto à questão dos honorários, muito embora sejam da relatoria do mesmo julgador, o que, por si só, revela a indefinição da Corte em relação ao tema. Vale conferir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PROCEDENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO. 1. É cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios, quando a ação civil pública ajuizada

pelo Ministério Público for julgada procedente. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial provido. (Segunda Turma, REsp 957.369/SC, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, julg. 23/06/2009)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei nº 7.347/85. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos. (Primeira Seção, EREsp 895.530/PR, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, julg. 26/08/2009)

A mudança de entendimento no STJ foi noticiada pelo Informativo nº 0404, da Primeira Seção (correspondente ao período de 24 a 28 de agosto de 2009), nos seguintes termos:

ACP. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MP. Na ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei nº 7.347/1985. Segundo este Superior Tribunal, em sede de ACP, a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP. Precedentes citados: AgRg no REsp 868.279-MG, DJe 6/11/2008; REsp 896.679-RS, DJe 12/5/2008; REsp 419.110-SP, DJ 27/11/2007; REsp 178.088-MG, DJ 12/9/2005, e REsp 859.737-DF, DJ 26/10/2006. EREsp 895.530-PR, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, julgados em 26/8/2009.

Desde então, o entendimento consolidado no STJ sobre a questão naturalmente cristalizou-se nos tribunais estaduais, sobretudo nos 12 (doze) Estados em que o MP

possui Fundo Especial⁴, pois a referida destinação orçamentária foi criada com a finalidade de receber tais recursos, entre outros. Na esteira da jurisprudência do STJ, a maior parte das cortes estaduais tem se posicionado contrariamente ao recebimento de verbas honorárias pelo Ministério Público em decorrência de sua atuação em ações coletivas.

Os tribunais locais, reproduzindo os fundamentos do STJ, rechaçam a possibilidade de o *Parquet* receber honorários invocando apenas dois argumentos, quais sejam, (i) a vedação constitucional contida no artigo 128, §5º, II, “a” da Constituição Federal; e (ii) o princípio da simetria.

Mas as justificativas adotadas não se sustentam, senão vejamos.

3. Simetria (*rectius*) igualdade e supremacia do interesse público

No julgamento do recurso que marcou a mudança de entendimento do STJ restaram vencidos os Ministros Herman Benjamin e Luiz Fux, que votaram pela tese de cabimento de honorários ao autor coletivo sagrado vencedor em sede de ACP. Os argumentos que lastreiam a tese sustentada pelos eminentes julgadores podem ser esquematicamente sintetizados conforme abaixo:

- A isenção contida no art. 18 da LACP é uma regra específica e protetiva do autor coletivo, não cabendo a sua aplicação analógica ao réu, pois isso geraria incentivo processual ao agente infrator, acarretando o barateamento da disputa judicial e o estímulo às violações coletivas perpetradas;

- O art. 19 da LACP prevê a aplicação subsidiária do CPC ao processo coletivo, logo, não havendo regra específica regulando a sucumbência do réu, deve-se aplicar o diploma geral;

- A alegação de que o princípio da simetria autorizaria a extensão da regra do art. 18 da LACP ao polo passivo da demanda não procede, pois não há igualdade entre o autor ideológico e o réu no processo coletivo em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Como se vê dos votos dos ilustres Ministros, então vencidos, a aplicação de tratamento simétrico aos autores ideológicos e aos agentes privados fere de morte o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que é o verdadeiro axioma do Direito Público. Sobre este aspecto, merece destaque trecho do voto do Ministro Herman Benjamin:

⁴ Relação de Estados cujos MPs possuem Fundo Especial e as referidas leis que os instituíram: Rio de Janeiro (Lei nº 2.819/1997); São Paulo (Lei nº 10.332/1999); Minas Gerais (Lei Complementar nº 67/2003); Paraná (Lei nº 12.241/1998); Rio Grande do Sul (Lei nº 10.572/1995); Santa Catarina (Lei Complementar nº 8.067/1990); Espírito Santo (Lei Complementar nº 366/2006); Alagoas (Lei nº 6.639/2005); Piauí (Lei nº 5.398/2004); Maranhão (Lei Complementar nº 086/2005); Goiás (Lei nº 14.909/ 2004); Roraima (Lei nº 254/2000).

No caso em tela, a Relatora (Ministra Eliana Calmon) estende àqueles que foram condenados em Ação Civil Pública – ou seja, que causaram dano ao Erário – regra que visa a estimular medidas de prevenção e recomposição do patrimônio público.

Nessa linha, relevantes as observações do Sr. Ministro Luiz Fux, para quem a regra do art. 18 da Lei nº 7.347/1985 é protetiva do Ministério Público, que não pode se sentir acuado com a possibilidade de vir a ser condenado a pagar custas e honorários. Acrescenta o E. Ministro que o Código de Processo Civil deve ser aplicado nos casos em que há omissão na legislação específica.

A essa sólida fundamentação adiciono o seguinte: os objetivos da Lei da Ação Civil Pública não apenas facilitaram o acesso à Justiça, inclusive do Ministério Público, mas dissuadiram os agentes infratores, em potencial. É a chamada prevenção geral.

Estamos tratando de direitos personalíssimos, de direitos humanos, porque o réu, o futuro réu, sabe que, se litigar com o Ministério Público, não haverá ao final condenação em honorários, o que é um barateamento financeiro da disputa judicial e tem grande peso no aspecto da prevenção geral no caráter dissuasório.

Esse aspecto preventivo da Lei da Ação Civil Pública, do próprio Código de Defesa do Consumidor e das outras normas que protegem os interesses difusos, muitas vezes é olvidado, porque nos concentramos na facilitação do acesso à Justiça e não na criação de uma dissuasão pela maior facilidade. (EREsp 895.530/PR)

Na mesma oportunidade, o Ministro Fux lembrou que “o princípio da isonomia pressupõe um tratamento desigual para pessoas desiguais” e, nesse caso, o Ministério Público representa o interesse público, logo não pode ser equiparado aos réus.

A interpretação conferida ao privilégio processual previsto na Lei de Ação Civil Pública deve ser restritiva, justamente para afastar o princípio da simetria, de modo a limitar a isenção de honorários ao autor coletivo. Não se justifica estender o referido benefício àqueles que se encontram no polo passivo da relação processual, pois isso representaria verdadeiro incentivo àquele que, além de causar danos à sociedade, recusou a solução extrajudicial do conflito, levando à sua judicialização. Daí a necessidade da adoção da doutrina do duplo regime no que tange à sucumbência do processo coletivo, conforme ressaltado na decisão colacionada.

O princípio da simetria não encontra campo de aplicação na tutela coletiva, pois não há, e nem pode haver, igualdade de tratamento entre as partes no processo, uma vez que temos, de um lado, o réu, causador de lesões a direitos metaindividuais,

que se recusou a prestar compromisso de ajustamento e preferiu a via judicial, e do outro, o autor ideológico, representante da coletividade.

Em virtude desta disparidade, a lei processual civil prevê uma série de prerrogativas ao autor coletivo, tais como: dispensa de adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (art. 18, primeira parte, LACP); dispensa de autorização dos representados ou do requisito da pré-constituição, no caso das associações (art. 5º, LACP); regime diferenciado de coisa julgada nas ACPS, permitindo a renovação da pretensão quando a improcedência se fundamentar em insuficiência de provas (art. 103, CDC); entre outras.

Tais benefícios são exclusivos do autor ideológico e não se estendem à parte ré, tendo em conta que as mencionadas prerrogativas encontram seu fundamento na defesa da parte vulnerável (consumidor) ou na defesa de direitos que, por seu caráter difuso (meio ambiente e probidade administrativa), em geral, se contrapõem aos interesses dos detentores do poder político e econômico.

Em outras palavras, deve-se buscar a *ratio legis*, que, neste caso, pretendeu desonerar economicamente os autores ideológicos, a fim de estimular o acesso à tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Diversamente dos autores coletivos, os réus não sofrem obstáculos econômicos que impeçam o acesso à tutela jurisdicional coletiva, não lhes podendo ser aplicada analogicamente a regra que prevê a isenção de condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

A regra do art. 18 da Lei nº 7.347 não pode ser estendida analogicamente aos réus sucumbentes, tanto por seu caráter excepcional, como por inexistir a suposta simetria entre estes e os autores ideológicos.

Note-se que esta interpretação alcança todos os legitimados à tutela coletiva e não apenas o Ministério Público. Cabe, neste ponto, indagar por qual razão a mesma jurisprudência que nega a condenação nos ônus sucumbenciais ao MP vitorioso na demanda, afastando a regra geral do art. 20 do Código de Processo revogado (art. 82, §2º, do CPC atual), reconhece essa possibilidade a todos os outros autores ideológicos, inclusive à Defensoria Pública, que ostenta posição institucional semelhante ao Ministério Público.

4. Fundamentos da condenação do réu sucumbente: simetria ou isonomia?

Se não há fundamento jurídico para conferir tratamento isonômico entre o réu e os autores coletivos, por outro lado, entre estes, em especial no caso dos entes públicos, há que se reconhecer a incidência do princípio constitucional para garantir igualdade de tratamento àqueles que ocupam a mesma posição no processo e possuem legitimação concorrente e autônoma.

Entretanto, não tem sido essa a orientação dos tribunais, como se observa da jurisprudência predominante, que não atenta para a questão da isonomia, nesta perspectiva.

Embora o STJ adote posição contrária à condenação dos réus de ação civil pública ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor do Ministério Público, a jurisprudência da Corte é uníssona quanto ao cabimento de honorários em favor da Defensoria Pública, estando tal entendimento, inclusive, sumulado.⁵ Com fundamento no instituto da confusão, a instituição somente deixará de receber honorários quando litigar contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, nos demais casos, não há qualquer dúvida quanto ao cabimento da condenação.

A distinção traçada pelo STJ entre o MP e a DP em relação à questão, causa espécie, sobretudo porque os entes encontram-se em situações absolutamente idênticas, não havendo fundamento legal ou constitucional que justifique lhes conferir tratamento desigual⁶.

Em relação à vedação constitucional ao recebimento de honorários, a questão é simples, pois o artigo 128, §5º, II, “a”, da CF proíbe o recebimento a qualquer título e sob qualquer pretexto, de honorários, percentagens ou custas processuais pelos membros do Ministério Público, e somente a estes, não se referindo à instituição. Ou seja, o que a Constituição veda é o favorecimento pessoal dos representantes do *Parquet*, não havendo qualquer óbice ao recolhimento de honorários pelo órgão público, ainda mais quando houver Fundos Especiais destinados a receber tais recursos.

Tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública são legitimados pela Lei de Ação Civil Pública como autores ideológicos (Lei nº 7.347, art. 5º, I e II). Em ambos os casos os honorários possuem destinação orçamentária específica, haja vista que as duas instituições contam com Fundos Especiais próprios, os quais têm como receita as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação em procedimentos judiciais. Não fosse o cotejo suficiente, vale lembrar que é idêntica a vedação, a qual se destina aos integrantes das duas instituições, cujos membros são proibidos de receber honorários a qualquer título.

Nada obstante, ao firmar posição favorável ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública em ações civis públicas, o STJ vem destacando que tal possibilidade emana exatamente da distinção entre os membros da instituição e os fundos geridos pela mesma. Veja-se:

O artigo 130, inciso III, da LC 80/94 proíbe o recebimento pessoal dos honorários pelos defensores públicos, mas não o auferimento da verba com a destinação aos fundos geridos pela Defensoria Pública, consoante previsto no inciso XXI, do artigo 4º, da LC 80/94, o qual consigna expressamente competir àquela instituição executar

⁵ “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.” (Súmula 421, Corte Especial, julgado em 03/03/2010, DJe 11/03/2010)

⁶ O mesmo ocorre em relação às associações, quando vencedoras em ações coletivas para tutela de interesses metaindividuais. Cf. STJ, Quarta Turma, REsp 1349188/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 10/05/2016, DJe 22/06/2016.

e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação. (Segunda Turma, AgRg no REsp 1.475.239 AL (2014/0206962-7); Rel. Ministro Humberto Martins, DJ 07.10.2014)

Inexplicavelmente, a vedação, que é comum tanto ao MP quanto à Defensoria, vem sendo corretamente interpretada em relação a esta, assim permitindo o recebimento de honorários sucumbenciais destinados ao Fundo Especial. Não havendo critério legal a embasar a distinção entre os autores coletivos, a posição pretoriana favorável ao recebimento de honorários deve se estender ao *Parquet*, sob pena de afrontar a isonomia. Resta, neste ponto, indagar a que se deve tal inconsistência no entendimento jurisprudencial dominante.

5. Para a urgente revisão do tema

No processo coletivo, mais intensamente que nas lides individuais, os ônus sucumbenciais possuem caráter pedagógico e constituem verdadeira sanção ao réu que, além de violar interesses coletivos, recusou a solução extrajudicial do compromisso de ajustamento, obrigando o autor coletivo a judicializar o conflito. A condenação ao pagamento das verbas de sucumbência em ações civis públicas, além de ter efeito prático relevante, pois onera financeiramente a parte perdedora, sem dúvida representa uma sanção ao poluidor, ao fornecedor inadimplente, ao Estado omissivo e a outros causadores de lesões coletivas.

A se manter o entendimento jurisprudencial atual, a perda dessas verbas representa consideráveis prejuízos, considerando que tais valores seriam destinados ao aperfeiçoamento da atuação institucional e ao custeio de despesas com a investigação que dá suporte às iniciativas para tutela coletiva, tais como perícias, atividade de fiscalização em instituições públicas e privadas, controle do orçamento, vistorias, análises técnicas, entre outras, as quais dependem da colaboração de técnicos especializados.

Para o desempenho de sua missão constitucional na proteção dos interesses metaindividuais, nas diversas áreas de atuação na tutela coletiva, a saber, meio ambiente, consumidor, cidadania, saúde, educação, infância e juventude, sistema prisional, idoso e portador de necessidades especiais, o Ministério Público precisa de apoio técnico. No Rio de Janeiro, por exemplo, o Grupo de Apoio Técnico Especializado se encontra dividido em quatro temas - GATE Ambiental; GATE Instituições e Direitos Sociais; GATE Patrimônio Público e Consumidor; GATE Saúde, totalizando atualmente 72 profissionais, das mais diversas formações, tais como arquiteto, biólogo, enfermeiro, assistente social, engenheiro civil, economista, engenheiro químico, engenheira florestal, engenheira ambiental, engenheira cartógrafa, urbanista, contador, médico legista, psiquiatra, psicólogo, médico sanitário e farmacêutico. São significativos os custos envolvidos nessa atividade, essencial, frise-se, para o desempenho da atuação na proteção coletiva de direitos. No Rio de Janeiro, os recursos para o custeio das funções de apoio técnico são provenientes do Fundo criado pela Lei Estadual nº 2.819/1997,

que contempla, entre suas receitas, “as provenientes da sucumbência concedida ao Ministério Público em qualquer procedimento judicial” (art. 4º, XII).

Não há dados que permitam quantificar a expressão monetária dos valores que deixam de ser recolhidos aos cofres do Ministério Público em razão do atual posicionamento majoritário da jurisprudência, porém certamente são expressivos, tendo em vista a natureza dos interesses debatidos nas ações coletivas. Entretanto, é possível ter uma ideia da ordem de grandeza tomando como parâmetro o Fundo Especial do MP do Paraná, estado cujo tribunal é favorável à tese aqui defendida, o qual, somente no ano de 2016, arrecadou o valor de R\$ 14.204.387,30, tendo como principal receita os ônus sucumbenciais, e possui saldo total de R\$ 72.164.265,60, informações que se colhem do sítio do MPPR⁷.

A revisão do posicionamento jurisprudencial é, além de necessária, oportuna, valendo lembrar a recente mudança na lei processual civil, que, ao tratar dos honorários de sucumbência, passou a admitir seu recebimento por agentes públicos. Com efeito, o art. 85, §19, do *novel* Código de Processo Civil, de forma inovadora, autoriza esta possibilidade, de forma expressa, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

A possibilidade de recebimento de honorários pelos advogados públicos é mais um argumento a favor da condenação a favor do MP em ações coletivas, tese construída sob a égide do Código revogado.

Não se trata, frise-se, do recebimento de honorários pelos membros do MP, diante do inafastável óbice constitucional, mas sim pela instituição, tendo em vista a inovação da legislação processual civil, que torna ainda mais oportuna a revisão da tese.

A questão transcende o debate técnico interpretativo, pois a sobrevivência de modelos individualistas, próprios do processo civil clássico, há muito merece ser repensada, para dar às ações coletivas o peso e atenção que o congestionamento do Judiciário impõe e reclama.

Para além dos argumentos dogmáticos e da defesa retórica, é preciso atentar para os dados da realidade e resgatar a função da ordem jurídica, que é a de aperfeiçoar o convívio social, estimulando comportamentos desejáveis e reprimindo os indesejados. Conforme apontou de forma brilhante o Ministro Herman Benjamin em seu voto vencido, “não seria oportuno criar, num país de megainfração aos interesses difusos, à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, estímulo processual aos infratores, sem previsão expressa da norma”.

⁷ http://www.transparencia.mppr.mp.br/arquivos/File/dfi/FundosSaldosReceitas_Dez2016.pdf

Fica então a pergunta: por que o Ministério Público, e somente ele, não teria direito ao recebimento dos honorários? Ou, por outra perspectiva, por que o réu perdedor que litigou com o MP se beneficia do anacrônico entendimento jurisprudencial e não paga a totalidade das verbas sucumbenciais?

A conclusão é intuitiva, porém fundamentada em dados estatísticos: porque a maior parte das ações civis públicas ainda é titularizada pelo *Parquet*. No Rio de Janeiro, dados do banco das ações civis públicas, disponíveis no site do Tribunal de Justiça, revelam que em mais de 70% das demandas em curso na Corte o MP figura como autor.⁸

A informação foi recentemente confirmada por estudo pioneiro, patrocinado pelo CNJ, intitulado “Ações Coletivas no Brasil: temas, autores e desafios da tutela coletiva”.⁹ Entre os principais “achados” relatados em seu sumário executivo, vale transcrição o seguinte:

Uma conclusão que merece destaque especial, por perpassar as três fases, é o fato de que, animado pela ideia de ampliação do acesso à Justiça para causas coletivas e sociais, o sistema de tutela coletiva nasceu e permaneceu sob a égide dos atores estatais, mais do que da própria sociedade civil a quem supostamente veio a abrir caminho. A decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, confirmou-se nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes.

A despeito do aumento do associativismo e do maior acesso à Justiça, sobrevive o protagonismo do MP na tutela coletiva, seja por seu pioneirismo na criação de órgãos especializados na matéria, como pelo peso político que sua atuação certamente carrega para o julgamento das ações civis públicas.

A infundada conclusão de que não faz jus aos honorários sucumbenciais responde unicamente à lógica econômica, que hoje, como no passado¹⁰, procura retirar do MP os instrumentos que a Constituição Federal e a lei lhe conferiram para atuar como representante da sociedade, promovendo a proteção dos interesses metaindividuais e sociais. A tese hoje dominante vem se somar a outras tentativas inspiradas no mesmo

⁸ Segundo informações fornecidas pelo Banco de Dados de Ações Civis Públicas, criado pelo Ato Executivo TJ nº. 1.172, de 02/04/2008, de 733 ações civis públicas constantes de sua base, o Ministério Público figura como autor em 562.

⁹ A pesquisa alcançou mais de 52 mil ações coletivas e ações que utilizam ações coletivas como precedente, coletadas nos sites dos quatorze tribunais selecionados (os três Tribunais Superiores – STF, STJ e TST –; os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) e seis Tribunais de Justiça (TJs) de portes e regiões diferentes, incluindo Alagoas, Ceará, Goiás, Pará, São Paulo, Rio Grande do Sul). Disponível em: <www.cnj.jus.br>

¹⁰ Sobre os ataques contra o sistema das ações coletivas na primeira década de vigência do CDC, vale conferir em: GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*. Ano 24. Nº 96 São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1999, p. 28-36. Mais recentemente retomamos o tema em CARPENA, Heloisa. SOS Ações civis públicas. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coords.). *25 anos de CDC – trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305-325.

propósito de enfraquecer as ações civis públicas, como a negação da legitimidade ativa do MP para defesa dos interesses individuais homogêneos, a limitação dos efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão julgador, a exclusão das questões tributárias e previdenciárias do objeto das ações civis públicas, entre outras.

Felizmente, há mudanças à vista e a jurisprudência do TJRJ vem dando sinais de que o entendimento dominante sobre a questão pode e deve ser revisto. Colacionamos, por todos, o seguinte aresto:

Apelação cível. Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Concurso público. Município de São Pedro da Aldeia. Termo de ajustamento de conduta - TAC. Convocação de candidatos. Descumprimento. Coisa julgada não configurada. Pedidos distintos. Possibilidade jurídica do pedido. Requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade presentes. Expiração do prazo de validade do certame que não pode beneficiar a torpeza da administração pública municipal. Interesse de agir caracterizado. Órgão ministerial responsável pelo cumprimento do compromisso de ajustamento. *Error in procedendo e error in judicando* não vislumbrados. Súmula nº 279 do STJ. Julgamento antecipado da lide. Não violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Matéria exclusivamente de direito. Instituto da confusão não evidenciado. Ministério Público deste Estado que não integra a pessoa jurídica de direito público com a qual litiga. Honorários advocatícios de sucumbência fixados conforme parâmetros jurisprudenciais. Desprovimento do recurso. (TJRJ; Sétima Câmara Cível; Apelação 0006671-83.2011.8.19.0055; Rel. Des(a). André Gustavo Corrêa de Andrade; Julg. 26/10/2016)¹¹

Resta agora ao Ministério Público brasileiro, em sua unidade, a necessária mobilização para promover a revisão da jurisprudência do STJ através dos recursos constitucionais fundados na divergência (art. 105, III c da CF), para que o Tribunal da Cidadania, no seu papel de uniformizador da interpretação do direito federal, afirme a importância do processo coletivo como instrumento de concretização dos direitos sociais e de administração dos conflitos de massa.

¹¹ No mesmo sentido: Terceira Câmara Cível; Apelação 0018183-53.2002.8.19.0031; Rel. Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva; Julg. 22/11/2017; Terceira Câmara Cível; Apelação 0001896-51.2012.8.19.0035; Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva; Julg. 29/11/2017; Primeira Câmara Cível; Apelação 0004356-76.2005.8.19.0028; Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere; Julg. 11/04/2017; Sétima Câmara Cível; Apelação 008053-68.2015.8.19.0024; Rel. Des. Ricardo Couto de Castro; Julg. 02/08/2017; Sétima Câmara Cível; Embargos de Declaração na Apelação Cível Nº 0407815- 24.2013.8.19.0001; Rel. Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Julg. 4/10/2017; Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Apelação 0096382-59.2014.8.19.0002; Rel. Des. Werson Franco Pereira Rêgo; Julg. 04/10/2017.

Controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante abuso de poder

Judicial control over political acts practiced with abuse of power

Huston Daranny Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos jurídicos da ordem constitucional brasileira. 3. Teoria geral dos atos da administração. 4. Dos atos políticos. 5. Da possibilidade de controle judicial sobre atos políticos. 6. Abuso de poder: hipóteses de cabimento do controle judicial sobre atos políticos. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de controle judicial sobre atos políticos praticados com abuso de poder. A partir de uma compreensão acerca da natureza jurídica dos atos de governo e do significado normativo do abuso de poder, busca-se justificar hipóteses específicas em que o Poder Judiciário encontra respaldo constitucional para exercer controle sobre determinados atos políticos. Utilizando parâmetros de constitucionalidade, legalidade, legitimidade, moralidade, razoabilidade e finalidade, vê-se que não há espaço, no âmbito de um Estado de Direito que se revela republicano e democrático, para arbitrariedades perpetradas com base em atos executados mediante condutas desarrazoadas e imorais, com excesso de poder ou desvio de finalidade.

Abstract

This article examines the possibility of judicial control over political acts committed with abuse of power. From an understanding of the legal nature of acts of government and the normative meaning of abuse of power, we seek to justify specific hypotheses in which the judiciary finds constitutional backing to exercise control over certain political acts. Using parameters of constitutionality, legality, legitimacy, morality, reasonableness and purpose, we see that there is no room, within the scope of a rule of law that proves

* Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva. Servidor Público. Coordenador de Compras e Contratos do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais.

to be republican and democratic, for arbitrariness perpetrated based on acts performed through unreasonable and immoral conduct, with excess of power or deviation of purpose.

Palavras-chave: Atos políticos. Abuso de poder. Controle judicial.

Keywords: *Political acts. Abuse of power. Judicial control.*

1. Introdução

Houve um tempo em que o poder do Estado se concentrava nas mãos do soberano, na pessoa de quem eram acumuladas as funções de administrar, legislar e também julgar os conflitos advindos da sociedade. O auge desse momento histórico foi o absolutismo, consagrado através da máxima *"the king do not wrong"*, segundo a qual o soberano ostentava um poder tão elevado que não poderia ser questionado pelos seus súditos.

Com o tempo, em contraponto à concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, passou-se a acreditar que a maneira mais adequada para o funcionamento do Estado seria através da repartição de funções, dividindo-se as responsabilidades de cada área de atuação estatal.

Chega-se, então, a um estágio em que as noções de República e Democracia, já maduras, bem construídas e consolidadas no seio da sociedade, passam a ter papel fundamental na atuação do Estado. O movimento constitucionalista faz com que as normas jurídicas garantam limitação ao Poder Público e prevalência de direitos fundamentais, alcançando o que hoje se entende como Estado de Direito.

No que se refere à República Federativa do Brasil, constata-se nos dias de hoje o fortalecimento das instituições democráticas que chegaram ao Poder no final da década de 1980, bem como a solidificação da forma de governo constitucionalmente adotada. Trata-se de um Estado de Direito republicano, em que devem prevalecer a vontade popular e o interesse público, instrumentalizados pelo princípio da legalidade, pela repartição do Poder e por um governo de todos e para todos, na vertente mais precisa da democracia e da república aqui instauradas (art. 1º, *caput* e parágrafo único, art. 2º e art. 5º, II, todos da Constituição Federal).

No modelo atual, não há quem possa estar acima da lei (ou, de forma mais adequada, do Direito), porquanto todos estão submetidos a ela, inclusive o próprio Estado. Inexiste espaço, por via de consequência, para distinções sem fundamentos, privilégios desarrazoados e atos estatais nos quais se verifique a ausência de finalidade pública.

Dessa forma, para as situações em que a Administração Pública age em desconformidade com o Direito, violando preceitos essenciais à validade dos seus atos, o controle jurisdicional surge como solução para garantir a harmonia do sistema

¹ Expressão inglesa equivalente a "o rei nunca erra".

jurídico, com vistas a evitar descompassos entre os “poderes” do Estado, mantendo as funções legislativa, executiva e judiciária independentes e harmônicas entre si.

Para os casos de atos do Estado que se revelam incompatíveis com a ordem constitucional, resta a alternativa da invalidação jurídica. É por esse motivo que se coloca como objeto de estudo do presente trabalho a investigação acerca da possibilidade de controle judicial sobre atos de natureza política, emanados pela Administração Pública com inegável abuso de poder.

O problema que se pretende esclarecer, portanto, diz respeito à constitucionalidade e à legitimidade de intervenções do Poder Judiciário em atos de natureza eminentemente política, dotados de elevada discricionariedade. Em outras palavras, busca-se saber se, a despeito do caráter político de determinados atos de governo, o fato de serem perpetrados mediante excesso de poder ou desvio de finalidade, em ofensa a princípios constitucionais sensíveis, autoriza o exercício de controle judicial.

2. Fundamentos jurídicos da ordem constitucional brasileira

Os atos praticados pelos agentes públicos brasileiros encontram fundamento de validade e legitimidade nos preceitos legais e constitucionais que lhes dão suporte. Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, sob a forma de governo republicana, qualquer conduta estatal deve estar de acordo com o ordenamento jurídico, com o seu indissociável interesse público e também com a vontade popular da qual emana todo o poder da nação.

Importante tratar, assim, dos pilares fundamentais que, na ordem constitucional brasileira, legitimam e justificam a prática de todos os atos estatais brasileiros, a saber, a democracia, a república e o Estado de Direito.

Em apertada síntese, de acordo com Michel Mascarenhas Silva (2011), a democracia é o regime de governo no qual se extraem da participação popular as decisões de relevância para a sociedade, tendo como etimologia a junção dos radicais *demos* e *cratos*, ou seja, um governo exercido pelo povo.

Nos termos da teoria de Thomas Hobbes (2003, p. 61), a própria origem do Estado, enquanto sociedade organizada, deve-se aos pactos recíprocos de vontades estabelecidos entre os componentes da comunidade (povo), capazes de conferir força e autoridade a um governo soberano, com vistas à obtenção de paz e defesa comum. Nesse mesmo sentido, John Locke (1978, p. 61) afirma que as comunidades são formadas pelo consentimento de cada pessoa pertencente a elas, sendo sempre movidas pelo “consentimento dos indivíduos que a compõem, e como todo objeto que forma um único corpo deve se mover em uma única direção, este deve se mover na direção em que o puxa a força maior, ou seja, o consentimento da maioria”.

A democracia aparece, portanto, ligada à própria origem do Estado, assumindo importância ímpar no fortalecimento da legitimidade do governo. De acordo com o Barão de Montesquieu (2000, p. 122-123), em seu clássico “Espírito das Leis”, a

democracia, para atingir sua adequada finalidade, deve coibir dois excessos: “o espírito de desigualdade, que a leva à aristocracia ou ao governo de um só; e o espírito de igualdade extrema, que a leva ao despotismo de um só”.

Democracia simboliza muito mais do que um regime em oposição à oligarquia. Envolve uma carga valorativa de indubitável importância para a consecução da justiça social, da igualdade real (e não apenas formal), do amadurecimento político e da concretização de um governo “do povo, pelo povo e para o povo”². Significa também uma oposição ao poder autoritário, que se consolida nas mãos de um só e é destinado aos interesses exclusivos dele, sem que esta figura de poder soberano possa ser responsabilizada por seus atos ou destituída em casos de abuso ou incompetência.

A lógica da democracia é um governo que coloque o interesse do povo acima do interesse do particular. Vale dizer, embora a democracia representativa se estabeleça através de relações políticas entre governantes e governados, não há razão plausível para que os governantes utilizem os cargos como artifício para a obtenção de privilégios, vantagens ou benefícios indevidos, que contrariam a essência de um governo popular.

Quem governa ali está para cumprir uma função e não para auferir vantagens indevidas do seu mister, sob pena de restar desvirtuada toda a estrutura democrática. Por isso, Diogenes Gasparini (2008, p. 21) ressalta que a democracia possui como um de seus mais caros valores a promoção da igualdade, além de ter sempre presente o intuito de evitar e extinguir privilégios.

No entanto, como lembra Luís Roberto Barroso (2005, p. 50), a ideia de democracia não deve ser resumida ao princípio majoritário, com o governo absoluto da maioria, porquanto a lógica desse regime político é inspirada na proteção de valores. De igual modo, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 02) defende a superação da noção de uma democracia fria e indiferente aos acontecimentos do cotidiano social, o que acaba gerando o surgimento do Estado de Direito, baseado na regra de um Estado que ao mesmo tempo cria o direito e sujeita-se a ele.

Consoante a lição de Luís Roberto Barroso (2005, p. 39-40), as origens desse Estado subordinado aos ditames do Direito vêm da ideologia democrática constitucionalista, a qual submete o Poder Público não apenas ao que está disposto na lei, mas principalmente às regras e aos princípios de todo o ordenamento jurídico. Acrescenta ainda o jurista:

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da

² Famosa frase atribuída a Abraham Lincoln, estadista norte-americano. Nos termos da lição de José Afonso da Silva (2014, p. 137), *governo do povo* significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo); *governo pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular; e *governo para o povo* há de ser aquele que procure libertar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.

legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

Como é sabido, o princípio da legalidade ganha importância no Estado Democrático de Direito por se contrapor aos abusos e aos arbítrios de governantes despóticos, que atuam por interesses escusos e sem respaldo no interesse público. Não resta espaço para a utilização da máquina pública em desvirtuamento do interesse público para o qual fora criada.

A legalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 103-104), opõe-se “a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos”. De acordo com o mesmo autor, a legalidade “é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”, o que conduz à aceitação de que, numa democracia de Direito, todos devem ser “obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”.

A bem da verdade, a democracia, por si só, torna-se perigosa, pois pode ser manipulada por quem está no poder político, por quem tenha poder econômico ou por quem saiba utilizar a retórica em seu favor, fazendo do povo massa de manobra, em prol de interesses particulares, escusos, antidemocráticos e antirrepublicanos. É por isso que, além da democracia e da lei – que podem ser controladas pelas elites e servir para subjugar o povo –, é fundamental a presença de outro fundamento de legitimidade para os atos do Estado, a saber, o interesse público.

Com a república (termo originado de *res publica*, “coisa pública”), advém ao Estado a obrigação de observar cotidianamente em sua ordem jurídica a busca pela satisfação do interesse público, e não das individualidades de quem seja detentor do poder político ou econômico. Michel Mascarenhas Silva (2011) acrescenta:

Não haverá bom governo, ainda que democrático, sem que este seja republicano, pois não se pode pensar apenas no indivíduo e em seus desejos sem que se proteja o espaço público. Para que os representantes do povo não façam uso indevido do interesse e do patrimônio público em seu próprio benefício ou de particulares é imprescindível a educação para a cidadania, para a república e para a ética na política.

República e democracia pressupõem liberdades condicionadas, para que não sejam confundidas com libertinagem, que é uma atuação desmedida e desarrazoada das faculdades individuais garantidas pelo Estado. Pode-se dizer, assim, que a república condiciona a democracia e a democracia condiciona a república, atuando ambas como reflexo uma da outra, limitando seus significados (com o objetivo de evitar excessos) e potencializando seus dogmas (consoante os valores almejados pela sociedade).

Em tal contexto, importantes são as palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 104), ao comentar a utilização do termo “república” no artigo 1º da CRFB/88:

O termo República tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia. No entanto, no dispositivo em exame, ele significa mais do que isso. Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas formas institucionais de Estado. Aqui ele se refere, sim, a uma determinada forma de governo, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República.

De acordo com a doutrina de Diógenes Gasparini (2008, p. 16), o interesse público não pode ser visto como a vontade de um grupo de pessoas, de uma família, de um sindicato ou de uma entidade civil, mercantil ou industrial. É mais do que isso. É o valor que interessa e tem pertinência em toda a sociedade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 60-61) obtempera que o interesse público simboliza a dimensão pública dos interesses individuais, ou, em outras palavras, os interesses de cada cidadão enquanto participante da sociedade.

Importa salientar, assim, que o interesse público não é totalmente oposto ao interesse individual, uma vez que o considera em sua valoração, no campo da sua dimensão pública. Além disso, há de se ressaltar que interesse público não é apenas o interesse da maioria, sob pena de se configurar uma república de desprezo aos direitos das minorias, com a instauração de uma ditadura da maioria.

José Afonso da Silva (2014, p. 105-106) aduz que a república não deve ser vista do ponto de vista eminentemente formal, como simples oposição à monarquia. Ela envolve legitimidade popular dos governantes, existência de assembleias e câmaras populares, eleições periódicas por tempo limitado, temporariedade de mandatos eletivos, não vitaliciedade dos cargos políticos e prestação de contas da administração pública.

O princípio republicano do Estado conforma-se com os ideais públicos do Direito, estabelecendo limitações ao Poder Público e concedendo direitos e garantias

fundamentais aos cidadãos. Todavia, como a evolução do Estado em relação às concepções individualistas, os interesses públicos tendem a prevalecer sobre os privados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 66) ensina que o início do desenvolvimento do direito público deu-se com a superação da primazia do Direito Civil e do individualismo (homem como finalidade precípua do direito), passando-se a acreditar que os interesses públicos possuem supremacia sobre os direitos individuais, numa concepção capaz de influenciar todas as decisões da Administração.

Justamente por isso é que os representantes do povo, ou seja, os governantes, a despeito de ocuparem posição de destaque no sistema político, dado ao caráter elevado de suas funções institucionais, não podem assumir privilégios desarrazoados e ser considerados como superiores aos próprios governados. As únicas diferenças lógicas e jurídicas que podem existir entre governantes e governados estão relacionadas às atribuições dos seus cargos, pois, enquanto uns governam, outros são governados.³ Aqueles, porém, representam os interesses destes e não os próprios.

À vista disso, tais fundamentos jurídicos – a democracia, o Estado de Direito e a república – são o plano de fundo de legitimidade para a prática dos atos estatais. Sem eles, os atos da Administração deixam de reunir a credibilidade necessária para a aceitação popular, bem como para a conformidade jurídica necessária à validade e à produção dos efeitos deles esperados.

3. Teoria geral dos atos da administração

Os atos da administração⁴ consistem no gênero de ações, ligadas à vontade humana, pelas quais o Estado exerce suas funções, constituindo verdadeiro modo de proceder da Administração Pública. Compreendê-los é parte fundamental do processo de conhecimento acerca dos instrumentos utilizados pelo Poder Público em sua ação cotidiana.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 198), ao partir da ideia de divisão das funções públicas, todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração. Por esse critério, qualquer modo de proceder da Administração Pública, seja através das funções executiva, legislativa ou judiciária, constitui ação pertencente ao gênero “ato da administração”.

A despeito de tal abrangência, a doutrina administrativista costuma ressaltar a diferença entre os atos da administração, que são aqueles imputados à vontade humana, e os fatos administrativos, os quais independem do querer humano para acontecer, estando relacionados a acontecimentos naturais ou involuntários.

³ Apesar de assumir a posição de “governados”, a soberania popular é exercida também através de uma democracia participativa, com o exercício do sufrágio universal, do voto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

⁴ O termo “administração”, com inicial minúscula, corresponde ao conjunto de atividades ou funções de caráter eminentemente administrativo (aspecto objetivo). Já o termo “Administração”, com inicial maiúscula, diz respeito ao conjunto de órgãos, entidades e agentes que exercem a função administrativa (aspecto subjetivo).

Diógenes Gasparini (2008, p. 58-59) chama os fatos administrativos de *ajurídicos*, por entender que não se preordenam à produção de efeito jurídico algum, não expressando manifestação de vontade, juízo ou conhecimento por parte da Administração Pública. Por outro lado, falando sobre os fatos jurídicos, o doutrinador esclarece que eles possuem a finalidade precípua de produzir efeitos jurídicos. No seu dizer, são, na maioria das vezes, emanações de vontade por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes, destinados à consecução de certos fins de direito. Possuem o objetivo de declarar, certificar, alterar, transferir ou exigir direitos e obrigações por parte de quem se relacione com a Administração Pública.

Adotando posição mais ampla, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 91-92) lembra que a noção de fato administrativo é mais abrangente do que a de fato jurídico, pois envolve fatos que não repercutem na esfera do Direito, como os fatos simples (aqueles que refletem um evento material ocorrido no seio da Administração Pública). A ideia de fato administrativo, então, não levaria em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas sim abarcaria fatos de natureza material praticados no exercício da função administrativa, visando efeitos de ordem prática. Para o autor, os fatos administrativos podem ser divididos em *voluntários* e *naturais*. Os voluntários classificam-se ainda em *atos administrativos*, que são a formalização de uma vontade administrativa manifestada e, em meras *condutas administrativas*, as quais configuram comportamentos e ações administrativas, precedidas ou não de ato administrativo formal.

Quanto à categoria de “atos jurídicos”, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 376) salienta que se alocam no gênero “fato jurídico”, que é qualquer acontecimento a que o Direito imputa efeitos jurídicos. Dessa forma, fato jurídico pode ser uma conduta humana (voluntária ou involuntária) ou um evento material. Para obter a qualidade de fato jurídico, basta que o sistema jurídico lhe atribua efeitos.

Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 21-22), antes de tratar especificamente sobre os atos administrativos, assim leciona:

Fato jurídico, genericamente, é todo o fato da realidade fenomênica, ou seja, do mundo social, econômico, político, religioso e assim por diante, que, em sendo abstratamente previsto por uma norma jurídica, ao ocorrer no plano do ser, em virtude da incidência dessa última recebe a sua qualificação pelo sistema normativo, ingressando no plano do dever ser e configurando-se, assim, como uma realidade jurídica apta (se preenchidos os requisitos de validade preestabelecidos) a nele subsistir e produzir os efeitos previstos e desejados.

Para fins de compreensão deste trabalho, entende-se que os “atos da administração” estão incluídos entre os fatos jurídicos genericamente considerados. Tais atos reúnem dois requisitos de existência: um deles é o fato de serem praticados

pela Administração (requisito subjetivo) e o outro está relacionado à produção de efeitos jurídico-normativos (requisito objetivo). Reunidos esses dois requisitos, tem-se um ato da administração.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 198), os atos da administração constituem um gênero e abarcam os atos de direito privado; os atos materiais da administração; os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor; os contratos; atos normativos; os atos políticos e os atos administrativos propriamente ditos.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 387-388), a Administração pratica diversos tipos de atos que não devem ser considerados como atos administrativos propriamente ditos, embora sejam atos da administração, tais quais os atos regidos pelo direito privado (como a locação de um imóvel), os atos materiais (como o ato de ministrar uma aula) e os atos políticos ou de governo.

Os atos administrativos são a espécie mais conhecida do gênero de atos da administração, motivo pelo qual recebem da doutrina os mais densos estudos. Conceituá-los é indispensável para a tarefa de compreender sua natureza e distingui-los das demais espécies, notadamente dos atos políticos, que serão examinados a seguir.

De acordo com Diogenes Gasparini (2008, p. 61), o ato administrativo pode ser definido como toda prescrição unilateral do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, tendente à produção de efeitos jurídicos, desde que realizado “na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo” e esteja submetido ao controle judicial.

Merece destaque o fato de que o ato administrativo, além de dever ser lícito (conforme a lei), dever ser moral (conforme padrões éticos). Logo, não satisfaz ao Direito um ato administrativo que simplesmente obedeça a letra fria da lei, sendo possível cobrar dos administradores públicos uma adequação dos seus atos aos requisitos mínimos de moralidade exigidos pela sociedade no trato para com a coisa pública.

Em outras palavras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204) define ato administrativo como “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 389), o ato administrativo pode ser conceituado como uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, “no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Ato administrativo, assim, é a espécie de ato da administração em que o Estado manifesta sua vontade através de seus órgãos, produzindo efeitos jurídicos em relação a quem com ele se relaciona, assegurada a aplicação da supremacia do interesse público e do regime jurídico de direito público.

Diante disso, cabe dizer que todo ato administrativo é um ato da administração, entretanto, nem todo ato da administração é um ato administrativo. E, entre o grande gênero dos atos da administração, há um em especial a que se dedica este estudo, qual seja: o ato político.

4. Dos atos políticos

Compreendida a diferença entre ato da administração e ato administrativo e visto que nem todo ato da administração é um ato administrativo, chega-se ao ponto de analisar o enquadramento dos atos políticos na teoria dos atos da administração.

Antes de mais nada, é preciso distinguir a função administrativa da função política, com vistas a saber a qual delas os atos políticos encontram-se submetidos e, por via de consequência, descobrir a qual regime jurídico estarão subordinados. Nesse sentido está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 36-37) ao comentar sobre os atos de governo no ordenamento jurídico brasileiro:

A função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal precisamente. *In caso*, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.

José Afonso da Silva (2014, p. 109) esclarece que os atos provenientes do Estado podem ser administrativos (dependentes) ou constitucionais (supremos), a depender da intensidade de controle jurídico a que estão submetidos, pois os primeiros, de natureza administrativa, estão em plano hierárquico inferior, enquanto os segundos refletem o exercício do poder político.

Seguindo a mesma visão doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 04) ressalta que a função política é caracterizada pela ausência de subordinação direta, ao contrário da função administrativa, que está sempre submetida a regras jurídicas superiores. Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 388), tais atos são praticados com alta margem de discricionariedade, em obediência à Constituição e no exercício de função eminentemente política.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 52) destaca a ausência de separação precisa entre as funções administrativa e política, as quais não se diferenciam do ponto de vista material, eis que em ambas há aplicação concreta da lei. Todavia, a autora identifica alguns traços peculiares à função política, tais como o fato de abrangerem

atribuições que decorrem diretamente da Constituição e dizerem respeito mais a assuntos ligados à sociedade e à nação do que a interesses individuais.

A despeito dessa diferenciação, há pelo menos três entendimentos doutrinários divergentes no que tange à natureza jurídica dos atos de governo. O primeiro coloca-os como espécies do gênero dos atos da administração. O segundo compreende os atos políticos como atos administrativos propriamente ditos, sendo identificados pela presença dos seus elementos caracterizadores: objeto, competência, forma, motivo e finalidade. Já o último aduz que tais atos devem ser alocados na categoria de função política e não administrativa, por estarem submetidos a particularidades tão relevantes que os submetem a um regime jurídico diferenciado dos demais.

Aqueles que consideram os atos de governo como espécies de atos da administração⁵ defendem que os atos políticos, embora não devam ser entendidos especificamente como atos administrativos, são atos da administração (em sentido geral), uma vez que dela são provenientes e estão submetidos a controle judicial, assim como suas demais espécies. Embora sejam condizentes com o exercício da função política, não há motivos suficientes para enxergá-los como pertencentes a uma categoria diferenciada, devendo ser considerados atos da administração. Nesses termos, está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 388):

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário, são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria.

De outro lado, Diógenes Gasparini (2008, p. 59-60) entende os atos de governo como atos administrativos. Segundo suas lições, inobstante calcados diretamente na Constituição, os atos políticos, no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser considerados como atos administrativos e obedecer ao regime jurídico que lhes é aplicado. Isso pela razão de serem tais atos submetidos ao controle judicial, o que não aconteceria com os verdadeiros atos de governo (ligados tão somente à função política), os quais, segundo ele, não existem na ordem constitucional brasileira. O administrativista exclui da categoria de atos administrativos os atos materiais e os atos regidos pelo direito privado e insere em tal categoria os atos políticos ou de governo, juntamente com aqueles atos praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário no exercício de função administrativa, ou seja, aqueles atos que não dizem respeito às suas funções institucionais.

⁵ À guisa de exemplo, são citados os administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Noutro giro, doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles defendem a ideia de que os atos políticos não se enquadram em qualquer espécie de ato da administração, uma vez que assumem contornos próprios e estão diretamente ligados à função política do Estado, inexistindo razão para conformá-los à lógica administrativa.

Para essa corrente doutrinária, os atos de governo estão fora dos limites aplicados aos atos da administração. Enquanto estes sempre se originam da lei e sempre se subordinam a ela, aqueles recebem maior liberdade de ação por parte do ordenamento jurídico. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 922), vale ressaltar:

Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses os atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e das estratégias do Governo. Ausentes quaisquer *standards* predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas. [...] São considerados atos políticos, porque seus motivos residem na esfera exclusiva da autoridade competente para praticá-los.

Com a devida *venia*, o cerne da divergência aparenta ser mais conceitual do que prático. Isso porque, conquanto para alguns doutrinadores os verdadeiros atos políticos não se submetam a controle judicial, todos concordam que, no âmbito normativo constitucional brasileiro, não há que se falar em atos insuscetíveis de controle. Assim, seja o ato de governo visto como uma espécie própria de ato da administração, como ato administrativo ou como ato eminentemente político, de qualquer forma, é possível ao Judiciário exercer controle sobre eles, como será visto a seguir.

Apesar da polêmica doutrinária, prevalece o entendimento de que os atos políticos são espécies de atos da administração, motivo pelo qual esta linha doutrinária é igualmente adotada neste artigo. Os atos de governo reúnem características peculiares que os diferem dos atos administrativos propriamente ditos e também das demais espécies de atos da administração, tais como os atos de direito privado, os atos materiais da administração, os contratos e os atos normativos.

Em resumo, os atos políticos não podem ser vistos como simples atos administrativos, visto que possuem nítidos contornos de função política, pela esfera de atribuições oriundas da própria Constituição Federal, com elevada discricionariedade e ausência de controle judicial direto. Da mesma forma, não parece adequado reputá-los como atos eminentemente políticos, notadamente no bojo da ordem constitucional

brasileira, da qual se extrai a possibilidade de controle judicial para quaisquer atos da administração, sendo assaz incongruente, no Estado de Direito, a existência de atos insuscetíveis de revisão jurisdicional.

Assim, verificada a natureza *sui generis* dos atos de governo, eis que enquadrados na categoria de atos da administração, todavia, com elementos marcantes que lhes atribuem essência eminentemente política, resta buscar uma definição precisa para o que deve ser compreendido como tal. Para isso, utiliza-se a respeitada doutrina de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 579):

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos e não simplesmente de execução de serviços públicos.

Como exemplos de atos políticos podem ser citadas as declarações de guerra, de estado de emergência e de estado de sítio, a intervenção federal, as manifestações de sanção e veto, a designação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a nomeação de um Ministro de Estado etc.

Revela-se, assim, um caráter verdadeiramente governamental desses atos e não apenas uma função administrativa. A bem da verdade, quem pratica um desses atos políticos é quem exerce função de alta governança (atuando em órgãos de cúpula) e não simplesmente quem administra, exercendo suas funções nos patamares mais elementares da máquina pública estatal.

5. Da possibilidade de controle judicial sobre atos políticos

Chega-se, então, à questão básica discutida neste artigo: os atos políticos estão sujeitos a controle judicial no âmbito da ordem constitucional brasileira? Se sim, em qual medida? Partindo do pressuposto de que os atos de governo são considerados um tipo *sui generis* dos atos da administração – intimamente ligados à função política do Estado e submetidos a controle constitucional e não legal – resta saber se o ordenamento jurídico brasileiro compatibiliza-se com o controle jurisdicional desses atos e, em caso afirmativo, sob quais fundamentos e mediante quais limites de atuação.

Antes de responder tais questionamentos, importa salientar, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 37), que em vários países europeus sustenta-se a ideia de que os atos de governo são infensos ao controle jurisdicional, como uma espécie de resquício do absolutismo monárquico.

No estudo do direito comparado, observam-se sistemas constitucionais nos quais o regime jurídico veda a “sindicabilidade” dos atos de governo, não cabendo quaisquer questionamentos ou revisões por parte do Poder Judiciário nem mesmo nas ocasiões em que determinados atos políticos chegam a causar lesão ou prejuízo a algum jurisdicionado.

Em terras brasileiras, Diogenes Gasparini (2008, p. 60) lembra que as constituições de 1934 (artigo 68) e 1937 (artigo 94) proibiam à função Judiciária conhecer de questões exclusivamente políticas. Entretanto, tais disposições foram superadas e não mais se compatibilizam com a ordem jurídica vigente. Conforme têm decidido os tribunais, independentemente da natureza do ato da administração, é legítima sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 52) faz distinção entre os atos quase políticos (que dizem respeito a interesses superiores do Governo, mas acabam afetando direitos individuais) e atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais), entendendo que a impossibilidade de controle jurisdicional persiste apenas em relação aos últimos. Mesmo com o silêncio do constituinte de 1988, que não se pronunciou expressamente como nas Cartas de 1934 e 1937, esclarece a jurista que caberá apreciação pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que os atos políticos causarem prejuízos a direitos individuais ou a interesses difusos, protegidos por ação popular ou ação civil pública.

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 580) salienta dispositivo da Constituição Federal segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV). Assim, o administrativista ensina que qualquer ato do Poder Público, quando eivado de inconstitucionalidade ou causador de lesão a direito individual ou coletivo, poderá ser apreciado judicialmente. Acrescenta ainda: “não basta a simples alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas consequências perante o direito individual do postulante”. O que se veda ao Poder Judiciário é a interferência indevida em aspectos de mérito administrativo, como modificações de conteúdo ou valorações de motivo.

De tal modo, deve ser reconhecida a possibilidade de um controle jurídico especial em relação aos atos políticos. Todavia, é necessário atentar-se ao fato de que controle especial não significa ausência de controle. Em um regime republicano e democrático como o brasileiro não podem existir atos insuscetíveis de apreciação judicial, porque nenhum poder é absoluto e nenhum poder é tão elevado a ponto de ficar acima dos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Por isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 219) aduz que os poderes exercidos pelo administrador público são limitados pelo ordenamento jurídico vigente, ficando constatado o vício da ilegalidade sempre que as atribuições ou competências ultrapassarem as balizas estabelecidas pelo Direito. Diogenes Gasparini (2008, p. 119), igualmente, argumenta que quaisquer comportamentos da Administração Pública,

não importando qual seja a natureza jurídica do ato, estão sujeitos ao controle judicial como decorrência natural do Estado de Direito.

Outrossim, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 917) lembra da importância do controle judicial para a preservação do rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente. O Judiciário, como função equidistante dos interesses das pessoas envolvidas, assume a finalidade exclusiva de assegurar o respeito à Constituição e manter a legitimidade da ordem jurídica vigente.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 51) ressalta a competência do Poder Judiciário de resguardar o processo democrático, promover valores constitucionais e assegurar a estabilidade institucional, atuando de maneira adequada e eficaz, sem abusos e sem decisões proferidas por meras preferências políticas. Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 996-997) sustenta o mister jurisdicional de rechaçar comportamentos administrativos ilegítimos (que atentem contra a ordem jurídica), extirpando do ambiente administrativo as atitudes que desborem dos limites jurídicos da discricionariedade.

É por isso que se atribui à função jurisdicional a competência de controlar os diversos atos da administração, inclusive os políticos. Afinal, há de ser coibida a atuação da Administração Pública no sentido de utilizar os atos de governo como subterfúgio para a prática de ilícitudes. Não pode o administrador se esconder sob o manto da maior discricionariedade conferida à sua atuação política para alcançar finalidades escusas, contrárias ao interesse público e violadoras de princípios constitucionais.

Vale dizer: não há espaço, em um Estado de Direito, democrático e republicano, para condutas perniciosas, que busquem a satisfação de interesses privados em detrimento das finalidades públicas que deveriam orientá-las. O Poder Judiciário deve prestar atenção em comportamentos com aparência de legitimidade, escondidos sob estratégias que procuram utilizar as margens legais, tais como a discricionariedade e o caráter político dos atos, para alcançarem seus reprováveis desideratos.

Como salienta Alexandre Mazza (2014, p. 716), os atos de governo, a despeito de estarem sujeitos a um tratamento especial na ordem constitucional brasileira, não se sujeitando ao controle ordinário dos atos administrativos, também devem ficar sujeitos ao controle judicial.

Acontece que, no campo específico dos atos políticos, diante da peculiaridade de maior liberdade (discricionariedade) do administrador, convém estabelecer duas premissas básicas. A primeira: o Judiciário não pode ser confundido com o administrador político, interferindo em suas escolhas governamentais e escolhendo o que lhe parece melhor tão somente por um prisma subjetivo, pois as decisões de mérito são administrativas e não judiciais. A segunda: o administrador não pode beneficiar-se do amplo espectro de escolhas que a lei lhe oferece para agir em desconpasso com a moralidade, a razoabilidade e a finalidade pública.

Esta é a difícil tarefa do Judiciário ao se debruçar sobre casos práticos de controle dos atos políticos: conseguir reconhecer elementos do abuso de poder

capazes de fundamentar racionalmente a revisão ou a anulação de atos ilegítimos. Bem lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 227) ao destacar a diferença de atos facilmente identificáveis como abusivos e atos de conteúdo duvidoso:

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1997, p. 578), o controle judicial envolve a aferição dos aspectos de legalidade e legitimidade do ato, contudo, veda-se ao Judiciário o pronunciamento sobre o mérito administrativo, ou seja, valorar a conveniência, a oportunidade, a eficiência ou a justiça do ato, pois assim ele estaria imiscuindo-se em função tipicamente administrativa, a qual não lhe compete. Em semelhante sentido, Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 52) obtempera que o controle judicial se resume à verificação da legitimidade do ato, escapando dele o exame de conteúdos extrajurídicos.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 922), “a especificidade do controle reside na circunstância de que o Judiciário não pode exercer seu controle sobre os critérios governamentais que conduzem à edição dos atos políticos”, ou seja, entre as várias alternativas – lícitas – de atuação, não é função do Judiciário exercer uma escolha que cabe ao administrador público, pois essa função política é própria do exercício da governança e não da jurisdição.

Indubitável, por conseguinte, que os atos políticos executados na ordem constitucional brasileira, como espécies de atos da administração pública, estão sujeitos ao controle jurisdicional. Resta esclarecer em quais hipóteses e sob que circunstâncias o Poder Judiciário poderá exercer sua apreciação.

6. Abuso de poder: hipóteses de cabimento do controle judicial sobre atos políticos

O controle judicial sobre atos de governo consiste na atribuição funcional conferida constitucionalmente ao Judiciário para examinar e anular ações administrativas contrárias à moralidade, à razoabilidade ou à finalidade pública, tendo em vista que tais atos, embora possam originar-se de atividade política, não se coadunam com a legitimidade constitucional que lhes dá o suporte de existência e validade, pois são praticados com abuso de poder.

O que justifica o controle judicial nos atos da administração, portanto, é a ocorrência do abuso de poder, figura que se divide em duas espécies, a saber, o excesso de poder (quando o agente ultrapassa os limites de sua competência) e o desvio de finalidade (quando o sujeito, embora competente, desvia o ato de suas finalidades legítimas).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 36-37), o excesso de poder é a forma de abuso característica do agente que atua fora dos limites de sua competência administrativa, enquanto o desvio de poder é a modalidade em que o agente procura obter com o ato finalidades diversas daquilo que a lei permite. Dessa forma, ambas as espécies de abuso de poder configuram patente ilegalidade.

Diante da doutrina de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 98), verifica-se que o excesso de poder ocorre quando uma autoridade, competente para praticar o ato, vai além do permitido, excedendo sua competência legal. A consequência de tal atitude deve ser a invalidação do ato, porque ninguém pode atuar, em nome da Administração, além do que permite a lei. Já o desvio de finalidade acontece quando a autoridade, a despeito de atuar dentro dos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou fins diversos daqueles previstos em lei ou exigidos pelo interesse público, em “violação ideológica” à lei, com o uso de meios imorais para embasarem um ato aparentemente legal.

Diante das dificuldades do Estado em controlar a legitimidade dos atos de governo, os princípios constitucionais surgem como instrumentos eficazes e idôneos à apreciação da compatibilidade desses atos políticos com a ordem constitucional. Afinal, no Estado de Direito, tais enunciados adquirem força normativa e passam a ser um norte interpretativo para a atuação jurisdicional. Por isso Konrad Hesse (1991, p. 14) alega que a Constituição Federal não deve ser vista como simples carta política ou como documento sem valor normativo, de conteúdo meramente programático. Ao contrário, defende que a norma constitucional não possui vigência distinta e independente da realidade, porquanto “sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2005, p. 40), os princípios da moralidade e da razoabilidade irradiam seus valores por todo o ordenamento jurídico e permitem o controle da discricionariedade administrativa. O exame de moralidade em relação aos atos de governo tem embasamento no texto constitucional (artigo 37), bem como no clamor social em prol da valorização de preceitos éticos no trato da coisa pública, sendo de inquestionável valia para o controle dos atos políticos.

O desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade justamente para possibilitar o exame da moralidade em sede de controle judicial. O Direito ampliou seu âmbito de atuação, passando a cuidar de questões antes restritas ao campo da moral, uma vez que a moralidade se tornou intrinsecamente relacionada à legalidade administrativa. Isso porque, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 16):

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Nos termos do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 122), agir segundo a moralidade significa atuar conformidade com preceitos éticos, de modo que a violação de tais imperativos morais implique violação ao próprio Direito, cabendo anulação das respectivas condutas ilícitas.

Evidentemente, não compete ao magistrado, no exercício de controle judicial dos atos da administração, notadamente aqueles de conteúdo político, substituir os valores morais do administrador público pela sua ideia subjetiva de moralidade; o que se deve fazer, de acordo com Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 227), é decidir pela anulação daqueles atos que, com base em padrões do homem médio, atentem manifestamente contra os preceitos éticos da sociedade.

Assim surge a importância do princípio da razoabilidade⁶ para o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das condutas administrativas questionadas e das decisões judiciais de controle.

Defensor da razoabilidade como instrumento de limitação da discricionariedade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 27) aduz que o princípio da proporcionalidade tem por fundamento o excesso de poder, assumindo a finalidade de proteger a Administração de decisões inadequadas, pois o que se espera do Poder Público são atitudes equilibradas e sem excessos, ou seja, proporcionalmente destinadas à consecução dos fins públicos perquiridos.

Diogenes Gasparini (2008, p. 24-25) ressalta que a lei, quando confere discricionariedade ao administrador, não a concede em absoluto, pois pesa sobre ele o encargo de agir conforme a melhor providência para o interesse público. Aliás, não sendo bastante a compatibilidade meramente formal com a letra da lei, exige-se do agente público um proceder sensato, coerente e razoável, mesmo no exercício de competência discricionária.

Igualmente, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 111-112), ressalta-se que uma conduta administrativa desarrazoada não pode ser compatível com a lei, porquanto haverá, no caso concreto, nítida violação ao princípio da finalidade. Ao atuar justificado pela conveniência e pela oportunidade,

⁶ Adota-se aqui, como faz boa parte da doutrina administrativa, o entendimento de que a razoabilidade é o gênero do qual são espécies a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

o administrador público deve observar padrões racionais próprios de uma conduta equilibrada, pois são incoerentes, ilegítimas e invalidáveis (carecedoras de anulação) as atuações “desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei”.

Observa-se, então, que os princípios da moralidade e da razoabilidade são vetores de inquestionável relevância para o controle judicial dos atos de governo. Logo, havendo razões e fundamentos imorais ou desarrazoados nas condutas administrativas, será cabível o controle judicial, tanto sobre os atos administrativos propriamente ditos (em relação aos quais não resta dúvida) quanto sobre os atos de governo, que não podem assumir feições de poderes ilimitados e absolutos, devendo estar sujeitos ao regime jurídico constitucional democrático e republicano vigente no Estado brasileiro.

Assim como citado anteriormente, além dos princípios da moralidade e da razoabilidade, outro elemento de grande valia para o exame do abuso de poder nos atos políticos é a finalidade. Todo agir da Administração deve ser voltado para a satisfação dos interesses da coletividade, através da consecução de finalidades públicas. Assim, quaisquer atos que se desviem de tal preceito devem ser extirpados da ordem administrativa, como aqueles praticados com o objetivo de fraudar a lei ou desvirtuar a ordem constitucional, buscando interesses escusos e finalidades meramente privadas, rechaçadas pelo Direito.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 217-218), a finalidade deve ser vista em dois sentidos, quais sejam: um amplo e outro restrito. Pelo primeiro, o elemento corresponde à prática de ato com finalidade pública, com vistas ao atendimento de interesse público. Pelo segundo, finalidade é a consequência específica de determinado ato, ou seja, o objeto que se pretende atingir e que decorre sempre da lei, de forma explícita ou implícita.

Diogenes Gasparini (2008, p. 64), falando especificamente sobre os atos administrativos, salienta a impossibilidade jurídica de um ato desprovido de finalidade pública, pois eles devem ser praticados tão somente para atingir um fim de interesse público, no interesse coletivo. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 114) destaca que a finalidade é o elemento voltado ao interesse público, eis que o fim público deve atentar-se sempre para o bem comum e para os interesses da comunidade.

Outrossim, José Cretella Júnior (1978, p. 39) leciona que a consagração do elemento “finalidade” como integrante do ato administrativo representa uma das maiores conquistas do Direito Público moderno, colaborando para a eliminação do “conceito autoritário de governo”. Afinal, a finalidade de qualquer ato público é atender o interesse coletivo, motivo pelo qual se pode afirmar: se a lei previu a prática de determinado ato para atingir um fim específico e o sujeito competente pela sua realização o executa com fim diverso, há violação da intenção do legislador, contrariando-se sua vontade. Nem mesmo importa se a atividade desempenhada foi lícita ou ilícita, pois o ato já é inválido simplesmente por contrariar a prescrição normativa.

Destarte, embora o desvio de finalidade seja normalmente abordado no campo específico dos atos administrativos, é indubitável a aplicação dos seus preceitos a todos os atos da administração, em sentido genérico. Ora, o abuso de poder, para além das hipóteses de vícios quanto aos aspectos de moralidade e razoabilidade, deve ser observado também em relação aos atos de governo manchados pelo desvio de finalidade.

Sendo a finalidade pública o objetivo e a causa de todos os atos da administração, relaciona-se a ela o princípio da impessoalidade (artigo 37, *caput*, Constituição Federal), uma vez que agir visando ao interesse coletivo significa colocar os anseios do povo à frente das vantagens que poderiam advir de atuações personalistas. O administrador público é impessoal quando desenvolve suas condutas sem se importar com interesses privados, dele próprios ou de terceiros, pois a essência de suas funções é o Poder que lhe foi dado pelo povo, em nome de quem deve atuar.

Nas palavras de Diogenes Gasparini (2008, p. 09), impessoalidade por parte da Administração Pública quer dizer uma atuação destinada a todos os administrados, de maneira indistinta e indiscriminada, para que se quebre o costume pernicioso de atendimento dos interessados segundo algum prestígio, pela dívida de alguma obrigação ou por troca de favores.

É sempre oportuno o conceito de princípio da impessoalidade formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 117), do qual se extrai a ideia de tratar a todos sem “discriminações, benéficas ou detrimetosas”, “favoritismo ou perseguições”, “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas”, bem como “interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”.

Justamente por isso José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 15) obtempera que a construção da ideia de impessoalidade faz nascer a lógica inseparável do tratamento isonômico, levando a Administração a atender igualmente os administrados que se encontram na mesma situação jurídica. Além disso, para alcançar a verdadeira impessoalidade, o administrador deve ter em mente o interesse público, vedando-se a concessão de privilégios injustificados a alguns indivíduos em detrimento de outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 226) aduz que o desvio de finalidade (ou desvio de poder) acontece quando a autoridade atinge fim diverso do previsto em lei através da utilização de sua competência discricionária. Nesses casos, como tem sustentado doutrina e jurisprudência pátrias, o Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato da administração perpetrado com desvio de finalidade.

Para José Cretella Júnior (1978, p. 50), o desvio de finalidade possibilita ao Judiciário sancionar atos que, a despeito de respeitarem a letra fria da lei, violam o próprio espírito da lei. A propósito, qualquer violação ao espírito da lei constitui também violação à lei, constituindo-se em mais uma hipótese de ilegalidade.

Em seu trabalho sobre o desvio de poder no ato administrativo, Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 81) lembra que a finalidade pública antecede o poder dado à autoridade administrativa, pois o fim é a justificativa do poder. Partindo desse

pressuposto a autora classifica as formas de desvio de finalidade em três modalidades: (I) a primeira resulta da busca de um fim de interesse privado; (II) a segunda advém da realização de um fim de interesse público alheio à competência do agente; (III) e a terceira surge da satisfação de um interesse público específico à competência do administrador, porém, incompatível com o conteúdo do ato.

Sobre a intenção do agente, urge salientar, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 411), que nem sempre há um “móvel”, ou seja, uma intenção inadequada no psiquismo do administrador. O sujeito responsável pelo ato pode muito bem pensar que sua atitude estava de acordo com o Direito e atendia plenamente as regras de competência, entretanto, o que deve ter peso fundamental na análise jurídica é saber se o ato atingiu ou não a finalidade pública justificadora da ação administrativa.

Por isso Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 95) defende a possibilidade de decretação da nulidade do ato mesmo quando não for possível ao Judiciário penetrar na real intenção do agente e dela extrair o que consta do psiquismo de quem o praticou, por considerar suficiente a verificação de desconformidade do ato em relação à finalidade assinalada pela lei. Aliás, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 36) aduz que o desvio de finalidade, por tratar-se de um vício próprio dos atos marcados pela competência discricionária, carrega em si uma peculiar dificuldade na obtenção de provas do ilícito, mormente por causa da ilegalidade dissimulada em “aparência de perfeita legalidade”.

É o caso dos atos políticos, marcados pela alta discricionariedade das decisões de conteúdo governamental. Neles, o abuso de poder pode ser fortemente dissimulado, tomado em reuniões obscuras, na maioria das vezes sem deixar vestígio algum da ilegitimidade. Segundo José Cretella Júnior (1968, p. 31-32), tais atos aparecem ocultos sob a máscara da legalidade, sendo normalmente perpetrados por agentes experientes e sagazes, que utilizam os recursos e os benefícios da posição que ocupam.

Aliás, como destaca Rafael Munhoz Mello (2002, p. 59-61), “quanto mais grave for o desvio, mais dissimulado será o agente”. Daí dizer que exigir provas cabais e irrefutáveis da ocorrência do desvio pode resultar no esvaziamento do controle judicial, ficando o instituto sem nenhuma relevância prática para a garantia da moralidade administrativa. Desse modo, a doutrina administrativa tem asseverado a suficiência de indícios para a prova do desvio de finalidade.

Acerca das estratégias que podem ser utilizadas pelo Judiciário no exame dos atos políticos perpetrados com desvio de finalidade, preciosas são as palavras do jurista Rafael Munhoz de Mello (2002, p. 62):

Os indícios podem ser os mais variados. Podem ser citados os seguintes: a ilogicidade do ato, a irrazoabilidade, a desproporcionalidade, o rompimento de uma cadeia de atos habitualmente editados pela Administração Pública, a contradição

e insuficiência da motivação etc. Deve-se mencionar ainda a quebra da isonomia, indício dos mais contundentes da ocorrência do desvio de finalidade. Se o ato administrativo nega algo que a outros interessados, nas mesmas circunstâncias, é conferido, muito provavelmente é editado com finalidade vedada pela lei, qual seja, a de discriminar.

Igualmente, como lembra José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 39), deve ser sopesado o fato de a autoridade competente pela prática de ato abusivo normalmente não permitir – ou prejudicar – o exame dos fundamentos de fato e de direito que levaram à prática do ato ou à tomada de determinada decisão. Nessas circunstâncias, haverá pelo menos uma elevada suspeita da utilização inadequada da discricionariedade administrativa para subsidiar provável desvio de finalidade.

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 99) ratifica tal posicionamento ao dizer que o ato praticado em desvio de finalidade, tal qual acontece com outras condutas ilícitas ou imorais, concretiza-se às escondidas, disfarçado com o manto da aparência de legalidade e de satisfação do interesse público. Dessa forma, a ilegitimidade deverá ser identificada por indícios e circunstâncias reveladoras.

Sendo assim, com base no raciocínio construído, verifica-se que o abuso de poder, concretizado sob a forma de violação aos princípios da moralidade, da razoabilidade ou da finalidade pública, é plenamente capaz de justificar a nulidade de atos políticos. Isso porque são inadmissíveis, em um Estado de Direito – por ofensa aos primados da democracia, da república e da separação das funções estatais –, atos de governo perpetrados em desconformidade com a finalidade coletiva, que deve ser sempre fundamentada e orientada pelos princípios da moralidade e da razoabilidade.

7. Considerações finais

O Estado brasileiro constitui-se em ordem jurídica democrática e republicana, cujas balizas fundamentais são extraídas da ideologia constitucional sustentada pelo Direito. Vigem, portanto, um Estado de Direito democrático e republicano, tendo em vista que o poder estatal emana do povo, em prol do interesse público e sob as diretrizes do ordenamento jurídico constitucional.

Visto que o Estado adota como forma de governo a República, cujo significado mais literal é o de “coisa do povo”, tornam-se incompatíveis com tal essência quaisquer atos ou políticas que não utilizem o interesse público como finalidade primária. Ademais, em se tratando de um Estado Democrático e de Direito, a razão e o motivo de quaisquer condutas estatais devem estar vinculados ao poder popular, à lei e ao Direito.

Dessa forma, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que ninguém deve ser colocado acima da lei, pois todos são iguais perante a sua letra, sem distinções de qualquer espécie ou propósito (art. 5º da Constituição Federal). Tanto o cidadão representado quanto o político representante, bem como o Estado, estão sujeitos

às disposições estabelecidas pela ordem jurídica, fato que confere legitimidade e segurança a todos os participantes do sistema político e jurídico do país.

Isso significa que não resta espaço para o exercício de atribuições e competências de modo abusivo, seja pelo excesso de poder, seja pelo desvio de finalidade. Já se foi o tempo dos absurdos praticados sob a escusa da política absolutista, modelo em que um soberano, ao atribuir seu vasto poder à vontade de Deus, adotava as mais diversas estratégias de poder pelo próprio poder, sem mencionar os privilégios que o colocavam acima do restante das pessoas, as quais eram vistas como súditas inferiores, em flagrante confronto à ideia de justiça.

Hoje vivemos o tempo da igualdade, tanto formal (perante a lei) quanto material (diante das garantias de tratamento igualitário entre todos os cidadãos). A divisão das funções do Estado contribui para o seu fortalecimento enquanto instituição soberana e democrática, uma vez que o poder pertence ao povo, e não aos seus representantes, agentes públicos que atuam como executores da vontade estatal, que deve estar sempre pautada no interesse público e, por via de consequência, livre de pessoalidades, imoralidades, desvios, abusos e outros interesses escusos.

Esse é o sentido do constitucionalismo vigente no Estado brasileiro, qual seja: estabelecer limitações ao Poder Público e, ao mesmo tempo, conferir direitos e garantias fundamentais às pessoas que com ele se relacionam. Ignorar tal lógica seria uma ofensa aos primados da democracia, da república e da legalidade, conquistados ao longo da história brasileira com tanta luta e tanto esforço.

Considerando o sentido e a essência de tais alicerces, torna-se possível aplicar a lógica desse entendimento à existência e à validade de todos os atos da administração. Assim, é com base nos princípios da razoabilidade, da moralidade e da finalidade pública, normas extraídas dos fundamentos do Estado, que se afigura adequado o controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante abuso de poder.

Os atos de caráter político (atos de governo) também devem ser pautados no Direito. Afinal, seria um enorme contrassenso dizer que tais atos, dada a maior discricionariedade que lhes é atribuída, caminham um percurso diferente dos demais atos da administração. Não se pode aceitar que parte dos atos emanados do Estado esteja sujeita ao Direito e outra parte, apenas por ter caráter político, fique ao puro arbítrio do agente competente para sua criação. Isso contrariaria toda a essência democrática e republicana brasileira, pois seria o mesmo que colocar os agentes de poder acima da lei e do Direito, confundindo-se o público com o privado, a representação com a soberania, a república com a monarquia, o legal com o ilegal e até mesmo o justo com o injusto.

Destarte, nos casos do abuso de poder por parte de agentes políticos, configurado o desvio de finalidade, a imoralidade ou a falta de razoabilidade da conduta, nada impede que seja realizado o controle jurisdicional. Pelo contrário, a lógica republicana e democrática recomenda e ordena que se proceda ao mencionado

exame judicial, sob pena de ficarem esses atos maculados com vícios deletérios ao interesse público e à própria existência do Estado.

Evidentemente, o controle judicial de atos políticos jamais poderá alcançar o mérito do administrador, ou seja, a conveniência e a oportunidade. Isso porque o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em funções que não lhe foram atribuídas pela Constituição. Se fosse assim, estaria sendo flagrantemente violada a independência harmônica entre as funções (art. 2º da Constituição Federal).

O que se defende é a possibilidade de controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante flagrante abuso de poder, em situações específicas e pontuais, nas quais reste comprovado o descompasso entre o ato da administração e as normas vigentes na ordem jurídica constitucional brasileira.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 14/06/2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por “desvio de poder”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 91, p. 25-53, ago. 1968. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31121/299> 2 5. Acesso em 16/08/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf. Acesso em 27/06/2016 às 16h.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Desvio de poder*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46522/44473>. Acesso em 16/08/2019.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Michel Mascarenhas. *A democracia moderna e o princípio republicano. Uma imbricação necessária para a proteção do interesse público*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19671/a-democracia-moderna-e-o-principio-republicano>. Acesso em 14/06/2019.

Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal¹

Jorge Miranda*

Sumário

I. Democracia e Estado de Direito. 1. Princípio democrático e Estado de Direito. 2. Justiça constitucional e princípio democrático. 3. Os juízes constitucionais em Portugal. II. Quadro institucional das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais. III. Quadro substancial das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais. IV. As relações entre os actores: testemunhos e debates.

Parlamento e justiça constitucional. Parlamento, órgão baseado no sufrágio universal e directo. Justiça constitucional, função a cargo de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo ou, em sistema difuso, de uma pluralidade de tribunais. Parlamento, expressão de democracia. Justiça Constitucional, expressão de Estado de Direito. Parlamento e Tribunal Constitucional, Estado de Direito democrático.

É a partir das relações necessárias assim estabelecidas que se vão examinar as relações entre Parlamento e Justiça Constitucional. Numa primeira fase, far-se-ão considerações gerais. Na segunda, na terceira e na quarta parte, responder-se-á às perguntas formuladas na grelha de orientação enviada de Aix-en-Provence.

I. Democracia e Estado de Direito

1. Princípio democrático e Estado de Direito

1. Democracia e Estado de Direito não se confundem. Houve democracia sem Estado de Direito (a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense). E houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, na Alemanha do século XIX).

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzido na separação de poderes e no

¹ Artigo originalmente publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (CJP), Centro de Investigação de Direito Público (CCIDP). Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1117-2436.pdf>

* Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

respeito da lei (Estado de Direito *formal*). E postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas (Estado de Direito *material*).

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que se não sejam incompatíveis o elemento objectivo e o elemento subjectivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há uma interacção de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediação dos princípios adjectivos 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 liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta concepção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para protecção dos direitos individuais². Já não configurar os direitos como trunfos contra a maioria³. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efectivados plenamente fora da democracia representativa nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem desvios ou violações, o Estado de Direito democrático dispõe de mecanismos de resposta adequados – os de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.

Como salienta JÜRGEN HABERMAS, princípio democrático e princípio do Estado de Direito são princípios cooriginários. Um não é possível sem o outro, sem que, por isso, se imponham restrições ao outro. E pode-se exprimir esta intuição de “cooriginariedade”, dizendo que a autonomia privada e a autonomia pública se postulam uma à outra. São conceitos interdependentes e de implicação material. Para fazer um uso *apropriado* da sua autonomia pública, garantida por direito político, é preciso que os cidadãos sejam suficientemente independentes, graças a uma autonomia privada igualmente assegurada a todos.

Neste sentido, os membros da sociedade não desfrutarão igualmente de uma igual autonomia privada – as liberdades de acção subjectiva não terão para eles o

² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 1977, 5ª reimpressão, Londres, 1987, p. 132 e ss., *maxime* 142.

³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais triunfo contra a maioria*. Coimbra, 2006. p. 17 e ss. Na mesma linha: DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e democracia. Da tese da complementaridade à tese do conflito, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 1, janeiro-março de 2007, p. 200 e ss., *maxime* 207.

“mesmo valor” – senão, na medida em que, como cidadãos, fazem um uso apropriado da sua autonomia pública⁴.

2. É como Estado de Direito democrático⁵ que a Constituição define a República Portuguesa [preâmbulo e arts. 2º e 9º, alínea b)]; e tal é o regime político (conceito que está para além de forma de governo) vigente desde 1976.

O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (arts. 2º; 3º, nº 1; 10º, nº 1; 108º; 114º, nº 1; 187º etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (arts. 3º, nº 2; 108º; 110º, nº 2; 225º, nº 3; 266º; 288º etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos actos do poder (arts. 3º, nº 3; 204º; 268º, nº 4; 278º e ss.). Subordinado e, portanto, *limitado*.

Os princípios do Estado de Direito encontram-se depois implícita ou explicitamente insitos no texto constitucional: princípio da proporcionalidade (artigos 18º, nº 2; 19º, nº 4 etc.), princípio da segurança jurídica (artigos 18º, nº 3; 32º, nº 9; 102º, nº 3; 266º, nº 2; 280º, nº 3; 282º, nº 4), tutela jurisdicional da constitucionalidade (artigos 204º e 277º e ss.); tutela jurisdicional da legalidade administrativa (artigos 266º, nº 2 e 268º, nos 4 e 5) e responsabilidade civil das entidades públicas por acções ou omissões lesivas dos direitos dos particulares (artigos 22º; 27º, nº 5; 29º, nº 6 e 271, nº 1).

2. Justiça constitucional e princípio democrático

1. Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela colectividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade), mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo⁶?

⁴ *Le paradoxe de l'État de droit démocratique*, trad. in *Les Temps Modernes*, set.-out. de 2000, p. 78.

⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV. 4ª ed. Coimbra, 2008. p. 209 e ss.; GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra, 2004. p. 243 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra, 2004. p. 49 e ss.; AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República*. Coimbra, 2005.

⁶ Cfr., entre tantos: SANDULLI, Aldo. Sulla “posizione” della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato, in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960. p. 705 e ss.; BARILE, Paolo. La Corte Costituzionale organo sovrano, in: *Studi in onore di Emilio Crosa*, obra colectiva, I, Milão, 1960. p. 527 e ss.; LEIBHOLZ, Gehrardt. El Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política, in: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad., Madrid, 1971. p. 147 e ss.; BACHOF, OTTO. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, trad., Coimbra, 1980; GARCIA DE ENTERRIA. La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidad e perspectivas, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981.

Ora, se democracia postula maioria – com as múltiplas interpretações e reelaborações filosóficas e teoréticas de que tem sido alvo⁷ – não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, através ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância⁸.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objectivista, em último termo, visa à salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos actos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramajoritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão de maioria, não considerada no contexto global do sistema⁹.

p. 35 e ss.; GARCIA PELAYO. *El "status" de Constitucional*, *ibidem*, 1981. p. 11 e ss.; SALAS, Javier. *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno*, *ibidem*, 1982. p. 141 e ss.; CARETTI, Paolo; CHELI, ENZO. *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in: *Quaderni Costituzionali*, 1984. p. 24-25 e 36; PACE, Alessandro. *Corte Costituzionale e "altri" giudici, tra "garantismo" e "sensibilità politica"*, in: *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra colectiva, I. p. 587 e ss.; GOMES CANOTILHO. *Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional*, in: *Revista do Ministério Público*, 1988. p. 9 e ss.; *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*, cit., *loc. cit.*; NINO, CARLOS S. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, in: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, setembro-dezembro de 1989. p. 79 e ss.; KIMMINICH, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 105, janeiro-março de 1989. p. 283 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and Constitution: We the People in Court*, in: *Alberta Law Review*, XXVIII, nº 2, 1990, p. 324 e ss.; CAPPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges*, cit. p. 249 e ss.; HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung-Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad., *Droit et démocratie*. Paris, 1997. p. 261 e ss.; HIGUCHI, Yoichi. *La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation*, in: *Rapports Généraux – XIVème Congrès International – Académie Internationale de Droit Comparé*, Atenas, 1994. p. 597 e ss.; *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, obra colectiva, Coimbra, 1995; RANGEL, Paulo Castro. *O legislador e o Tribunal Constitucional*, in: *Direito e Justiça*, 1997, 2, p. 195 e ss.; FAVOREU, Louis. *La notion de Cour Constitutionnelle*, in: *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, III. Coimbra, 1998. p. 1067 e ss.; SCOFFONI, Guy. *La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine*, in: *Revue internationale de droit comparé*, 1999. p. 243 e ss.; QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra, 2000. p. 313 e ss.; CARDOSO DA COSTA. *Algumas reflexões em torno da justiça constitucional*, in: *Perspectiva do Direito no início do século XXI*, obra colectiva. Coimbra, 2000. p. 113 e ss.; ARAÚJO, António de; COUTINHO, Pedro Magalhães. *A Justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?* In: *Análise Social*, nos 154-155, verão de 2000. p. 207 e ss.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, 2002. p. 60 e ss.; SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo, 2002; BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 501 e ss.; TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo, 2005. p. 491 e ss.; CHIESSA, Omar. *Corte Costituzionale e trasformazione della democrazia pluralistica*, in: *Corte Costituzionale e processi di decisione politici*, obra colectiva. Turim, 2005. p. 17 e ss., *maxime* 46 e ss.; AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 2005. *Maxime* p. 107 e ss.; VERDUSSEN, Marc. *Un procès constitutionnel légitime*, in *Renouveau... Mélanges in honneur de Louis Favreanu*, obra colectiva. Paris, 2004. p. 473 e ss.

⁷ V. um resumo em *Manual...*, VII. Coimbra, 2007. p. 92 e ss.

⁸ *Manual...*, VII. p. 85 e ss.

⁹ Cfr. ARAÚJO, António de; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. *A Justiça Constitucional: uma instituição contra a maioria?* In: *Análise Social*, nº 154-155, verão de 2004. p. 207 e ss.

2. Os tribunais constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juizes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os tribunais supremos no modelo judicialista norte-americano).

No entanto, pergunta-se como pode um tribunal com juizes designados desta maneira vir a syndicar os actos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do tribunal constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juizes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juizes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insusceptíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada.

Num tribunal constitucional ou em órgão homólogo, podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia actual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos factores objectivos da interpretação jurídica e, sobretudo, do fenómeno de institucionalização que cria uma dinâmica e uma autonomia do órgão¹⁰.

Nisto tudo (insista-se), reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável a dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juizes dos tribunais comuns.

3. Os juizes constitucionais em Portugal

1. Portugal foi o primeiro país europeu a consagrar expressamente, na sua Constituição, o princípio da não aplicação de normas inconstitucionais pelos tribunais: foi o art. 63º da Constituição de 1911, antecedente do actual art. 204º da Constituição de 1976.

¹⁰ Cfr. CHEVALIER, Jacques. Le juge constitutionnel et l'effet Becket, in: *Renouveau...*, obra colectiva. p. 83 e ss.

Há cem anos, precisamente, existe, pois, em Portugal um sistema de fiscalização judicial difusa, concreta e incidental, embora na prática, só nos últimos trinta e cinco anos tenha funcionado plenamente, por só a Constituição de 1976 ser uma verdadeira Constituição *normativa* (no sentido de KARL LOEWENSTEIN). Como as normas sobre direitos e liberdades são directamente aplicáveis (art. 18º, nº 1), a par disso, tem aumentado a consciência jurídico-constitucional geral.

A Constituição de 1976 criou também fiscalização abstracta, com três modalidades: fiscalização preventiva, sucessiva de inconstitucionalidade por acção e de inconstitucionalidade por omissão. E essa cabe, desde 1982, a um Tribunal Constitucional, que, de resto, não é apenas um tribunal de constitucionalidade, mas também um tribunal de contencioso eleitoral, referendário, partidário e, até, em certos casos, parlamentar¹¹.

2. Entretanto, entre os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional não existe separação, visto o Tribunal Constitucional interferir na fiscalização concreta, embora em moldes diferentes dos adoptados na maior parte dos outros Estados e, por outro lado, prevê-se a passagem da fiscalização concreta à abstracta.

Com efeito, ao contrário do que sucede na generalidade dos países com Tribunal Constitucional ou órgão homólogo (em que, suscitada a questão de inconstitucionalidade em qualquer tribunal e verificada por ele a sua pertinência, esta questão sobe em separado ao tribunal constitucional para decidir), em Portugal, qualquer tribunal, incluindo qualquer juiz de paz e qualquer tribunal arbitral, *conhece e decide* da questão de inconstitucionalidade.

Em vez de reenvio prejudicial, o que depois se prevê é a possibilidade ou a necessidade de recurso para o Tribunal Constitucional, em três hipóteses: 1ª) quando o tribunal da causa não aplica uma norma com fundamento em inconstitucionalidade; 2ª) quando, pelo contrário, tendo sido suscitada a questão de inconstitucionalidade, o tribunal não a acolha e aplique a norma; 3ª) quando um tribunal aplique uma norma julgada anteriormente inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Ainda ao contrário do que sucede em muitos países, na fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional apenas decide a questão para o caso concreto, não *erga omnes*; mas, se, no mínimo, três vezes julgar inconstitucional certa norma, poderá, por iniciativa de um dos seus juizes ou do Ministério Público, desencadear-se um processo de fiscalização abstracta tendente à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281º, nº 3)¹².

¹¹ V. uma resenha histórica em MIRANDA, Jorge. *Manual...*, VI. 3ª ed. Coimbra, 2008. p. 137 e ss.

¹² Para uma visão geral do regime português de fiscalização, v. MIRANDA, Jorge. Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle in Portugal, in: *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, obra colectiva. Baden-Baden, 1989. p. 81 e ss. e *Manual de Direito Constitucional*, VI. 3ª ed. Coimbra, 2008; *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, obra colectiva. Paris, 1989 (mormente a 1ª parte, de PIERRE BON, p. 21 e ss.); CARDOSO DA COSTA. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3ª ed. Coimbra, 2007; CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Coimbra, 1994; CANEPA, Aristide. Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costituzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese, in: *L'organizzazione e il funzionamento della Corte*

3. Segundo os arts. 204º e 277º e seguintes da Constituição, o juízo de inconstitucionalidade é um juízo sobre normas – tanto normas legislativas como quaisquer outras contidas em quaisquer actos jurı́dico-públicos (actos emanados do Estado, das regiões autónomas e de outras entidades públicas)¹³.

As normas do Regimento da Assembleia da República encontram-se, naturalmente, sujeitas a fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional assim o reconheceu, afirmando que no Regimento se contm variadı́ssimas normas que implicam directamente com os poderes e direitos dos deputados, grupos parlamentares e partidos, poderes e direitos, esses expressamente consagrados na Constituição; e, por isso, seria absurdo que eventuais normas que contundessem com aqueles poderes e direitos não fossem passı́veis de sindicabilidade¹⁴.

4. Juizes constitucionais, à face do Direito português, tanto são quaisquer juizes de quaisquer tribunais, corresponsabilizados pela guarda da Constituição, como os juizes do Tribunal Constitucional. Aqueles, através da fiscalização concreta, têm a primeira palavra, mas a última palavra e decisiva pertence ao Tribunal Constitucional – um tribunal, portanto, superior a todos os supremos tribunais.

No presente relatório, só serão, por isso, considerados os juizes do Tribunal Constitucional.

II. Quadro institucional das relações entre os Paramentos e os Tribunais Constitucionais

1. a) Portugal é um Estado unitário, com duas regiões autónomas – os arquipélagos dos Açores e da Madeira; é um Estado unitário regional parcial.

Não existe nenhuma influência desta forma de Estado sobre as relações entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional. Os cidadãos dos Açores e da Madeira participam, em pé de igualdade, com os do resto do paı́s na eleição do Parlamento. As normas dimanadas dos órgãos das regiões estão sujeitas à fiscalização da constitucionalidade nos mesmos termos de quaisquer outras normas vigentes no ordenamento jurı́dico português [arts. 204º, 280º e 281º, nº 1, alı́nea a)].

Costituzionale, obra colectiva. Turim, 1996. p. 540 e ss.; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa, 1998. p. 17 e ss. e 90 e segs.; ARAÚJO, Antnio de; COSTA, Joaquim Cardoso da. Relatório português à III Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, Lisboa, 2000; GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Cit. p. 887 e ss.; ARAÚJO, Antnio de; PEREIRA, Teles. *A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: nota para uma aproximação ibérica*, in: *Jurisprudência Constitucional*, nº 6, abril-junho de 2005. p. 15 e ss.; MORAIS, Blanco de. *A justiça constitucional*, 2 volumes. Coimbra, 2005 e 2006; ORRÚ, Romano. La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese, in: *Costituzionali e comparazione giuridica*, obra colectiva, Nápoles, 2006. p. 1 e ss.; PIZZORUSSO, Alessandro. "Concretezza" e "Astrattezza" nel sistema italiano e nel sistema portoghese di controllo de costituzionalit delle leggi, in: *Themis*, 2006 – 30 anos da Constituição. p. 171 e ss.; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, III. Coimbra, 2007. p. 247 e 701 e ss.; GOMES CANOTILHO; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II. 4ª ed. Coimbra, 2010. p. 613 e ss. e 895 e ss.

¹³ Questão que não cabe aqui apreciar vem a ser determinar o que seja norma para efeito de fiscalização. Cfr. *Manual...*, V. 4ª ed. Coimbra, 2010. p. 150 e ss.

¹⁴ Acórdão nº 63/93, de 19 de março de 1991, in: *Diário da República*, 2ª série, de 3 de julho de 1991.

Em plano diferente fica o controlo da conformidade com os estatutos das regiões (que são propostos pela Assembleia Legislativa Regional e aprovados pelo Parlamento nacional) de quaisquer normas dimanadas dos órgãos regionais ou nacionais [art. 281º, nº 1, alíneas c) e d) da Constituição] e os poderes de iniciativa de fiscalização de inconstitucionalidade de órgãos regionais por violação dos direitos das regiões autónomas [arts. 281º, nº 2, alínea g) e 283º, nº 1].

b) O Parlamento Português, chamado Assembleia da República, é unicameral e eleito segundo o princípio da representação proporcional.

Esta estrutura não tem nenhuma influência sobre as relações com o Tribunal Constitucional.

2. a) O Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes, dos quais 10 eleitos pelo Parlamento por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções e 3 cooptados pelos 10 primeiros [arts. 222º, nº 1 e 263º, alínea h) da Constituição].

Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos restantes tribunais e os restantes de entre juristas (art. 222º, nº 2); juízes dos restantes tribunais, e não necessariamente dos tribunais superiores das duas ordens de jurisdição (civil e penal e administrativa e tributária).

O mandato dos juízes tem a duração de nove anos e não é renovável (art. 222º, nº 3). O presidente é por eles eleito (art. 222º, nº 4).

Com vista a assegurar a continuidade do Tribunal, a partir da revisão constitucional de 1997, há renovação de metade dos juízes de quatro anos e meio em quatro anos e meio.

Na prática, por acordo não escrito entre os dois principais partidos políticos (o Partido Social-Democrata e o Partido Socialista), cada um destes partidos propõe cinco candidatos a juízes a eleger pelo Parlamento, mas o outro tem o direito de não os aceitar, o que obriga a uma negociação complexa até se chegar a acordo¹⁵. E também se dá alternância de presidente entre juízes propostos por um ou por outro partido ao fim de cada quatro anos e meio.

2.2. A eleição parlamentar decorre do que acima se referiu acerca da legitimação democrática do Tribunal. E a maioria qualificada para a eleição, como sucede em quase todos os países como órgão homólogo, propicia um consenso alargado e a escolha de pessoas mais sintonizadas com ideias de Direito situadas no “arco constitucional” ou, dito de outro modo, no centro político. Tal como se compreendem, para defesa da independência do Tribunal, o mandato longo (mais do dobro da duração da legislatura) e a não renovação em caso algum.

Menos congruente é que, havendo em Portugal dois órgãos políticos de soberania baseados no sufrágio universal e directo – o Presidente da República e o

¹⁵ Cfr. MAGALHÃES, Pedro Coutinho; ARAÚJO, António de. A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português, *in: Análise Social*, nº 145, 1998, l. p. 18 e ss.

Parlamento –, apenas um deles interfira na designação dos juizes constitucionais e que o Presidente da República apenas fique com o ónus, segundo a lei, de conferir posse aos juizes (art. 20º). Tornam-se manifestos tanto a quebra do princípio democrático como o desvio ao sistema de governo semipresidencial constitucionalmente consagrado. Nem as correntes jurídico-políticas presentes na sociedade se esgotam nos dois grandes partidos.

Criticável é ainda a eleição fazer-se por lista completa correspondente ao número total de juizes a eleger, e não relativamente a cada juiz – o que dilui a liberdade de escolha dos Deputados em favor dos directórios partidários.

Também deficiência grave consiste em, pelo menos, três dos juizes de carreira (ditos juizes dos restantes tribunais) serem submetidos a sufrágio do Parlamento. Por esta via, abre-se uma brecha no princípio da isenção político-partidária da magistratura, pois, se um juiz aceita ser proposto pelo partido A e outro pelo partido B, isso significa que se declaram, explícita ou implicitamente, próximos desses partidos¹⁶.

2.3. Não se veja nestes reparos uma visão negativa do lugar que, efectivamente, o Tribunal Constitucional tem ocupado na vida portuguesa desde 1983. A minha visão é largamente positiva sem prejuízo de discordâncias quanto a muitas das decisões.

Até na fiscalização preventiva (pela natureza das coisas, poder-se-ia acrescentar), se em alguns acórdãos se terão vislumbrado conotações político-partidárias, na maior parte das vezes as maiorias quanto à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade ou da não inconstitucionalidade têm sido mais amplas do que as que traduziriam as originárias designações parlamentares. A função institucional do juiz tem prevalecido.

2. b) A organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional entram nas matérias de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República [art. 164º, alínea c) da Constituição], não se admitindo, portanto, qualquer possibilidade de delegação ao Governo.

A respectiva lei tem a categoria de *lei orgânica* (expressão vinda do Direito francês para abranger leis consideradas de execução imediata da Constituição ou politicamente mais importantes). E estas leis (art. 166º, nº 2) têm um regime específico, caracterizado por: aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 168º, nº 5); em caso de veto do Presidente da República, pela exigência, para confirmação parlamentar, de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 136º, nº 3); e pela sujeição à fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional por iniciativa não só do Presidente da República mas

¹⁶ Com isto não defendo que juizes de carreira não devam fazer parte do Tribunal Constitucional. Pelo contrário, acho que é muito conveniente que façam parte, pela convivência que desenvolvem com juristas académicos, pela troca de experiências que isso permite e pela recíproca abertura a diversos modelos de encarar as questões, pelo pluralismo, em suma, que, sob este aspecto, o Tribunal adquire. O que venho preconizando há muito é um sistema misto, com os juizes a elegerem pela Assembleia da República não podendo ser juizes de carreira e com os juizes a designarem pelo Presidente da República e os juizes a cooptarem tendo de ser juizes de carreira.

também do Primeiro-Ministro ou de um quinto dos Deputados em efectividade de funções (art. 278º, nº 4)¹⁷.

2. c) Além da possibilidade de iniciativa acabada de referir, na fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção, um décimo dos Deputados à Assembleia da República pode requerer a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma jurídica.

Na prática, têm sido em pequeno número os pedidos de fiscalização vindos do interior do Parlamento e têm-se confinado a algumas leis mais controversas.

3. a) A Constituição não autonomiza propriamente uma função de controlo da repartição de poderes entre o Estado e as regiões autónomas. Mas a já mencionada [em 1. a)] fiscalização da constitucionalidade e da legalidade tanto de normas dimanadas de órgãos do Estado, de órgãos de soberania, como de normas dimanadas de órgãos das regiões, de órgãos de autonomia, desempenha esse papel. É relativamente abundante a jurisprudência sobre a questão¹⁸.

b) Além da já referida sindicabilidade das normas do Regimento da Assembleia da República, a Constituição confere competência ao Tribunal Constitucional para julgar, a requerimento de Deputados, os recursos relativos à perda de mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República, bem como nas assembleias legislativas regionais [art. 223º, nº 2, alínea g)]. É um progresso no sentido do reforço do Estado de Direito, pelo que significa de subordinação a controlo judicial de actos políticos que podem afectar as garantias democráticas do Parlamento. O processo está regulado na lei orgânica do Tribunal (arts. 91º-A e 102º-D).

A doutrina dos vícios *interna corporis acta* está em crise perante as exigências do Estado de Direito.

III. Quadro substancial das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais

1.1. O legislador – quer dizer, a lei – ocupa, naturalmente, o lugar primacial na produção normativa. Os regulamentos (do Estado, das regiões autónomas, dos municípios e das outras entidades públicas) situam-se em plano secundário e só estão sujeitos à fiscalização de constitucionalidade quando infringem directamente a Constituição¹⁹.

Mas esse lugar não é determinante hoje como era noutros tempos, devido à vigência automática na ordem interna das normas de Direito internacional convencional e de Direito da União Europeia (art. 8º da Constituição), sobretudo normas da União

¹⁷ Do Primeiro-Ministro para hipótese de Governo minoritário; de um quinto dos Deputados, para garantia das minorias.

¹⁸ *Cfr.*, por exemplo, recentemente, Acórdão nº 258/2007, de 17 de abril, *in: Diário da República*, 2ª série, de 25 de maio de 2007; ou Acórdão nº 402/2008, de 29 de julho, *ibidem*, 1ª série, de 18 de agosto de 2008.

¹⁹ O controle de legalidade dos regulamentos incumbe aos tribunais administrativos.

Europeia, que vão ocupando crescentemente os sectores do Direito económico, do Direito do ambiente, do Direito do consumidor etc.

1.2.1. O juiz constitucional não emite normas, não é um dos “actores” da produção normativa. No entanto, indirectamente, pode contribuir para tal, através do impacto que as suas decisões adquirem sobre o legislador, levando-o a fazer novas normas em vez das que tenham sido declaradas inconstitucionais ou das que tenham sido objecto de decisões interpretativas, limitativas e aditivas.

1.2.2. Em primeiro lugar, as declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282º) implicam que:

a) Os órgãos administrativos²⁰, os tribunais em geral e o próprio Tribunal Constitucional não mais podem aplicar a norma em causa²¹;

b) Os particulares não mais podem invocar essa norma nas relações entre eles ou perante os poderes públicos²²;

c) Quando a inconstitucionalidade seja material, o órgão autor do acto ou da norma não pode voltar a emití-la sem que sofra mutação a norma constitucional parâmetro;

d) Quando a inconstitucionalidade seja orgânica ou formal²³ o órgão autor da norma não pode voltar a emitir a norma sem que afaste os vícios que inquinam o acto que a gerou;

e) Em especial, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, actos praticados à sombra de lei inconstitucional;

f) O legislador pode, depois de revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional; mas não pode conferir-lhe eficácia retroactiva pelo mesmo motivo – o valor ou primado da Constituição – visto que, por revisão constitucional, não se convalida lei contrária à norma por ela revogada²⁴.

1.2.3. De qualquer forma, a força obrigatória geral não colide com a natureza jurisdicional da decisão. É algo inerente à decisão, não algo que acresça, enxertado ou acessório.

O Tribunal, como qualquer tribunal, decide uma questão jurídica – a da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma – à luz da norma aplicável – que é a norma constitucional ou legal. A despeito de repercussões ou conexões políticas, ele não define ou prossegue o interesse público (ou um interesse público primário) como os órgãos de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição.

²⁰ Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de janeiro de 1988, in: *Acórdãos Doutriniais*, nº 325, 1989, p. 34: tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma, é nula, por usurpação de poder, a decisão da Administração que aplica uma medida por ela autorizada.

²¹ Cfr. Acórdão nº 78/85, de 7 de maio, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 170, de 26 de julho de 1985.

²² Cfr. Acórdão nº 119/90, de 18 de abril, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 204, de 4 de setembro de 1990, ou Acórdão nº 385/98, de 19 de maio, *ibidem*, nº 277, de 30 de novembro de 1998.

²³ Cfr. o Acórdão nº 92/84, de 31 de agosto, in: *Diário da República*, 1ª série, nº 258, de 7 de novembro de 1984.

²⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, II. 6ª ed. Coimbra, 2007. p. 328 e 329.

Por isso, se escreve que a anulação de uma norma com fundamento da violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão – opção desvinculada (é acto de oportunidade); e a anulação é, em princípio, acto vinculado normativamente, é juízo normativo estrito²⁵. Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entendida no seu sentido próprio e substancial²⁶. Ou que o Tribunal Constitucional é *controlador* de normas, não *coprodutor* de normas jurídicas²⁷.

Precisando, ou explicitando melhor:

a) O Tribunal Constitucional nunca tem a iniciativa da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade; está sempre adstrito a uma iniciativa externa, ao princípio do pedido;

b) Requerida a apreciação do acto ou da norma, o Tribunal fica obrigado a decidir;

c) O Tribunal não pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a decisão que venha a tomar²⁸;

d) Cabendo ao Tribunal Constitucional também conhecer de recursos em fiscalização concreta, deve decidir todos os recursos pendentes sobre a mesma questão de inconstitucionalidade de acordo com essa declaração²⁹;

e) Se, porventura, qualquer tribunal aplicar a norma declarada inconstitucional e, sendo chamado o Tribunal Constitucional a intervir, ele não poderá reapreciar a sua decisão; apenas poderá determinar que ela seja cumprida;

1.2.4. Em segundo lugar, em fiscalização concreta, podem ser proferidas por Tribunal Constitucional decisões interpretativas com três conteúdos possíveis:

– Interpretação concordante com a que o tribunal *a quo* tenha proferido de modo a não recusar a aplicação da norma impugnada [art. 280º, nº 1, alínea b), da Constituição];

– Interpretação discordante da que o tribunal *a quo* tenha adoptado e, igualmente, sem conduzir à recusa de aplicação da norma;

– Interpretação em contraste com a do tribunal *a quo*, o qual agora havia concluído pela inconstitucionalidade.

No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deverá ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (art. 80º, nº 3 da lei orgânica).

²⁵ CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983. p. 612-613.

²⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO. Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito, in: *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva. Lisboa, 1987. p. 261. *Cfr.*, também, QUEIRÓ, Afonso. A função administrativa, in: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977. p. 29-30.

²⁷ GOMES CANOTILHO. A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional, in: *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva. Lisboa, 1987. p. 353.

²⁸ Nem sequer se, por revisão constitucional, for suprimida ou modificada a norma que serviu de fundamento à decisão. Simplesmente, a força formal passiva desta – reagindo contra lei oposta àquela norma – cessará.

²⁹ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional...*, cit. p. 1012.

E o próprio Tribunal sustenta, num dos seus acórdãos, que, funcionando como última instância de recurso de constitucionalidade das leis, não pode ser cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado, proferida no processo a que o recurso respeita. Isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição em sede de fiscalização concreta, que, precisamente, se traduz em decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das *normas* cuja aplicação ou recusa de aplicação ocorrer em qualquer outro tribunal. Os poderes cognitivos têm de assumir a máxima amplitude³⁰.

1.2.5. A limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos³¹.

Envolve, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática. E acaba (por paradoxal que pareça *prima facie*) por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade.

Como escreve BACHOF, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis *consequências* destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora nem sempre – um resultado juridicamente errado³².

No Direito português, o art. 282º, nº 4, dispõe que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que os estabelecidos em geral.

1.2.6. Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas), a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma *na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter* para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

³⁰ Acórdão nº 2/84, de 11 de janeiro, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 97, de 26 de abril de 1984, nº 4.2.4.

³¹ Cfr. a noção de “situações constitucionais imperfeitas” em: GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*, cit. p. 955.

³² Estado de Direito e poder político, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980. p. 15.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (*v. g.*, uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (*v. g.*, uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa.

Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial, há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas, há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim. E, nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte, mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel activo de realização dos princípios constitucionais.

Das decisões aditivas distinguem-se as decisões *integrativas*, através das quais se interpreta certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objecto que lhe são aplicáveis e porque *directamente* aplicáveis.

A diferença está em que, nas decisões aditivas, o órgão de fiscalização formula, implícita ou indirectamente, uma regra, ao passo que, nas decisões integrativas, ele vai apoiar-se directamente numa regra constitucional.

À semelhança do que vem sucedendo noutros países (com modulações diversas), o Tribunal Constitucional português tem proferido também decisões aditivas de relevante interesse, nascidas da própria dinâmica da sua actividade³³. Nem por isso elas têm deixado de ser consideradas problemáticas por certos Autores³⁴.

1.2.7. Finalmente, compete ao Tribunal Constitucional – a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça (*Ombudsman*) e, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais – apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (art. 283º, nº 1).

³³ Exemplos: Acórdão nº 143/85, de 30 de julho (sobre actividades docentes e advocacia), *in: Diário da República*, 1ª série, nº 202, de 3 de setembro de 1985; Acórdão nº 191/88, de 20 de setembro (sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho), *ibidem*, 1ª série, nº 231, de 6 de outubro de 1988; Acórdão nº 359/91, de 9 de julho, *ibidem*, 1ª série-A, nº 237, de 15 de outubro, de 1991 (sobre arrendamento para habitação e união de facto); Acórdão nº 231/94, de 9 de março (sobre pensões de sobrevivência), *ibidem*, 1ª série-A, nº 98, de 28 de abril de 1994; Acórdão nº 545/99, de 13 de outubro (sobre subvenção mensal vitalícia a ex-titulares de cargos políticos), *ibidem*, 2ª série, nº 272, de 22 de novembro de 1999. Mas o primeiro caso terá sido o tratado no acórdão nº 95 da Comissão Constitucional, de 6 de abril de 1978 (julgando inconstitucional a fixação de idade núbil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino), *in: Apêndice ao Diário da República* de 3 de Maio de 1978.

³⁴ *Cfr. Manual...*, VI. p. 90 e ss. e Autores citados.

Eis o instituto da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, uma das singularidades da Constituição portuguesa quando aprovada em 1976 e que depois passaria para outros países³⁵. E normas constitucionais não exequíveis por si mesmas são as que carecem de complementação legislativa para conformarem as situações de vida, como são, em geral, as normas sobre direitos sociais e sobre organização económica e algumas sobre organização política.

Mas o Tribunal tão pouco aqui faz lei, porque não tem legitimidade democrática para tanto. Limita-se a verificar a existência, ou não, de omissão e, quando for caso disso, a dar conhecimento ao órgão legislativo.

Até agora, foram poucos os pedidos de fiscalização (menos de dez), mas em todos eles o Parlamento veio a legislar, corrigindo a sua inércia³⁶.

2. a) A resposta está dada em II, 2. Para além disso, vale o princípio de separação dos poderes do Estado (arts. 2º e 111º da Constituição).

b) As decisões do Tribunal Constitucional são geralmente acatadas nos meios parlamentares e pela opinião pública. Apenas ocupam algum relevo nos debates políticos, quando versam sobre leis que mais fortemente dividiram uns e outros.

c) A jurisprudência do Tribunal é, quase sempre, tida em conta quando o Parlamento volte a discutir matérias sobre as quais tenha havido decisões de inconstitucionalidade.

De todo o modo, quando uma iniciativa legislativa é apresentada, o Presidente pode, nos termos do regimento da Assembleia, recusá-la com fundamento em inconstitucionalidade, conquanto haja sempre a possibilidade de recusa da sua decisão para o plenário (o que significa que prevalecerá aí a maioria).

d) Num Estado de Direito democrático, não pode falar-se verdadeiramente em conflito entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional.

Há apenas uma hipótese próxima, que é de, em fiscalização preventiva de constitucionalidade, o Parlamento, em face da pronúncia do Tribunal Constitucional, não expurgar a norma ou normas inconstitucionais, nem reformular o diploma, mas, sim, confirmá-lo por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções; e, neste caso, o Presidente *pode*, não é obrigado (como após veto político) a promulgar o diploma (art. 279º, nº 2). Se, porém, promulgar – coisa que nunca aconteceu até hoje – nada impede qualquer tribunal, em fiscalização concreta, não aplicar a norma ou normas ou o Tribunal Constitucional declará-las inconstitucionais com força obrigatória geral³⁷.

Quer dizer, ainda aqui, a palavra definitiva, salvo revisão constitucional, é do Tribunal.

³⁵ Como o Brasil e a Angola.

³⁶ Cfr. *Manual...*, VI, cit. p. 305 e ss.

³⁷ Sobre o art. 279º, nº 2, da Constituição portuguesa, v. *Manual...*, VI, cit. p. 269 e ss.

IV. As relações entre os actores: testemunhos e debates

1. a), i) Juridicamente, o Parlamento é um órgão soberano, livre de decidir opções políticas e de as exprimir através de textos legislativos. E a Constituição diz que os Deputados exercem livremente o seu mandato.

Politicamente, com as democracias modernas transformadas em democracias representativas de partidos (ou em Estados de partidos), o voto dos parlamentares está condicionado pelos dirigentes partidários. Compreende-se a disciplina de voto nas questões de que depende a subsistência do Governo e nas questões políticas mais importantes; no resto, deveria preservar-se a liberdade dos Deputados ou, pelo menos, a orientação de voto só vir de deliberação dos grupos parlamentares, e não de fora do Parlamento.

ii) Não, não é um órgão técnico, o que não impede que as suas comissões sejam assessoradas por técnicos e especialistas (*cf.* art. 181º da Constituição).

iii) Não é um órgão misto. É um órgão político, mesmo se deve procurar elaborar leis com boa técnica legislativa. Mas a Legística ou Ciência da Legislação não pode deixar indiferentes os parlamentares e, em cada Parlamento, deveria haver um centro de estudos sobre essa matéria.

b), i) O juiz constitucional é um guardião do respeito da Constituição pelo legislador. Não o único: também o Presidente da República, que pode requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional (art. 278º); e a fiscalização sucessiva pode ser requerida também pelo Presidente do Parlamento, pelo Primeiro-Ministro, pelo Provedor de Justiça, pelo Procurador-Geral da República e por um décimo dos Deputados (art. 281º, nº 2).

Por outro lado, os cidadãos gozam de direito de petição para defesa da Constituição (art. 52º, nº 1) e de direito de resistência contra ordens contrárias a direitos, liberdades e garantias (art. 21º) e contra impostos inconstitucionais (art. 103º, nº 3).

ii) Tudo está nas reformas legislativas a empreender, em cada momento respeitarem as normas constitucionais, embora estas, nos domínios económicos e sociais, devam ser, sem perda do seu conteúdo essencial, relativamente abertas para permitirem a alternância democrática.

As decisões do Tribunal Constitucional são fundamentadas juridicamente. Os aspectos políticos ou sociológicos e económicos de questões a tratar apenas podem ser considerados na interpretação constitucional (que não é exactamente o mesmo que a interpretação do Código Civil).

iii) Embora não seja essa a sua função, a jurisprudência constitucional tem contribuído para a melhoria da qualidade de muitas leis.

2. Eu fui Deputado à Assembleia Constituinte portuguesa em 1975-1976 e, por duas vezes, em períodos curtos, Deputado à Assembleia da República em 1976 e em 1980-1982 (quando se fez a primeira revisão da Constituição). E entre 1976 e 1980 fui membro da Comissão Constitucional, o órgão que antecedeu o Tribunal Constitucional. Tive, pois, ainda bastante jovem, a dupla experiência de legislador e de juiz constitucional.

a) Sim, há uma diferença de percepção das leis pelo juiz constitucional consoante tenha sido, ou não, parlamentar.

b) E isso, naturalmente, leva a alguma diferença de entendimento acerca dos efeitos concretos das decisões.

De todo o modo, a Constituição portuguesa tem uma cláusula de salvaguarda a respeito das declarações de inconstitucionalidade: é o art. 282º, nº 4, já citado.

c) Os constrangimentos parlamentares têm de ser sempre estranhos às decisões.

3. a) Um parlamentar pode, porventura, considerar que a impugnação de uma norma que votou é uma questão política. Um juiz constitucional não pode deixar de a ver como questão jurídica.

b) O controlo de constitucionalidade não se destina nem deixa de se destinar a afastar esta ou aquela possibilidade legislativa que a maioria parlamentar tenha em vista. Destina-se apenas a apurar a eventual contradição com a Lei Fundamental de certa norma ou de certa interpretação de um preceito. O resto fica em aberto para o legislador.

c) A decisão de inconstitucionalidade impõe-se ao Parlamento, mas pode ser uma oportunidade para ele melhorar o seu trabalho à luz da Constituição.

4. a) Como já se disse (III, 1.2.2.), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral vincula o legislador.

b) O Parlamento não pode voltar a aprovar a norma, declarada inconstitucional, porque uma norma inconstitucional é inválida, nula (art. 3º, nº 3, da Constituição).

c) O Parlamento goza sempre, naturalmente, de toda a liberdade para discutir todos os problemas políticos, económicos, sociais e culturais ligados a uma norma declarada inconstitucional, de modo a editar outra que seja susceptível de não sofrer o destino da primeira. O que não pode, nunca, é fazer uma reformulação que não afaste a solução de fundo alvo de censura do Tribunal Constitucional.

Democracia concomitante e Ouvidorias

Luiz Fabião Guasque*

Sumário

1. Introdução. 2. Ouvidorias: instâncias de igualdade. 3. Direito fundamental à igualdade: consciência inata dos *Sapiens*. 4. O desafio do mundo moderno: liberdade *versus* igualdade. 5. Dissonância cognitiva: qualidade vital dos humanos. 6. Ordens intersubjetivas e princípios fundamentais na atividade das Ouvidorias. Bibliografia.

1. Introdução

A era da informação e da sociedade em rede nos fazem viver um ambiente concomitante. Ao mesmo tempo, nos comunicamos no *Iphone*, assistimos à TV e nos mantemos ligados no computador. Esta realidade é facilmente detetada nos ambientes coletivos e privados, onde as pessoas, cada vez mais, realizam atividades concomitantes.

Mas, se a sociedade se liga em redes de comunicação e informação, repartindo sentimentos entre os humanos, a democracia até aqui se desenvolveu de forma linear, excludente, afastando o homem, o cidadão, do processo decisório da *res publica*.

A democracia direta grega, que inspirou o princípio de que as decisões partem do povo e que devem respeitar a vontade da maioria, vê-se em crise em todo o mundo em virtude deste afastamento, cada vez mais evidente.

A democracia direta, ao se revelar impossibilitada para a tomada de decisões coletivas, evoluiu para uma representação, cada vez mais prisioneira do poder econômico e afastada da consciência individual do cidadão, que passou a ser tratado como coisa, “massa de manobra”, cada vez mais distante de direitos subjetivos que possam ser exercidos contra o Estado.

Democracia concomitante pretende trazer o homem de volta ao centro do processo democrático, através de processos acumulativos de superposição de controles da moralidade pública, do interesse coletivo, do exercício dos deveres da cidadania.

Mas, também, através de convergências de autorregulação por equidade de direitos afastados pelas singularidades de situações individuais, em que a aplicação pura e simples da lei leva à situações injustas ou de ineficácia de direitos garantidos na lei maior da República.

Pretende dar o mesmo valor jurídico a todos os integrantes da *Polis*.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 nos legou três tipos de democracia: direta, através de plebiscitos e referendos populares, muito pouco utilizada, em face dessa realidade de dificuldade de implantação de um processo de deliberação coletiva dinâmico e resolutivo.

Representativa ou partidária, que se revelou, principalmente no Brasil, em face dos recentes escândalos de corrupção, dominada pelo poder econômico, que domina o político e este, o social.

Fora esta realidade, a democracia partidária se apresenta como uma igreja profana. Ou o político eleito se submete ao decidido pelo partido ou será excomungado! Os partidos só permitem uma responsabilidade aderente, fictícia, pois a consciência individual do eleito deve submeter-se aos interesses do partido.

E quais são esses interesses? Crescer e expandir o seu poder econômico e influência, aumentando seu raio de ação nas decisões de todas as esferas da vida pública: Executivo, Legislativo e Judiciário e com injunções sobre o Ministério Público, função essencial da República de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mas e a ideologia partidária?

Essa é a mais vaga e imprecisa das manifestações, e por que não dizer contraditória, em que o discurso por democracia tende à formação de um partido único, reunindo siglas contraditórias em prol desses interesses do grupo partidário e não do povo, da nação.

Só nos resta então a esperança na democracia participativa, com sua cidadania responsável, que aparece na Constituição Brasileira como o mecanismo capaz de possibilitar ao cidadão a assunção de suas capacidades sociais, das suas individualidades. Se a responsabilidade partidária é aderente, fictícia, a democracia participativa coloca o homem, o cidadão, no centro do processo decisório e lhe confere o dever de denunciar irregularidades perante os Tribunais de Contas, inventariar bens de valor histórico, artístico e paisagístico, participar das políticas de educação etc.

Esse redimensionamento das relações Estado-indivíduos é fácil de perceber, quando se constata que a Constituição da República de 1967 se refere aos *Direitos e Garantias Individuais* (Capítulo IV do art. 150) e a Constituição Cidadã de 1988, *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (Capítulo I do art. 5º). Se antes o cidadão tinha apenas os seus direitos e as garantias para o seu exercício, o sistema atual impõe Direitos mas também deveres ao cidadão para com o governo, a coletividade e consigo mesmo, no sentido de participar, ter responsabilidades com o bem-estar da maioria. Note-se que, se as responsabilidades do cidadão comum aumentam, impondo um comportamento responsável, esta realidade aumenta mais quando se trata de agente público de qualquer instância ou natureza.

É aí que se destaca a importância das Ouvidorias, como instâncias de exercício da consciência individual, algo pessoal do cidadão, expressão do seu sentir em relação a quaisquer questões de interesse público ou privado. Ao possibilitar a expressão dessa

individualidade, as Ouvidorias se colocam como a instância do desenvolvimento e do aperfeiçoamento da Democracia, pois, se a democracia partidária concentra informações e coloca a decisão em um só lugar, dinâmica própria de Estados autoritários, as Ouvidorias difundem informações repartindo decisões, providências em relação àquela expressão de consciência do indivíduo, como é a dinâmica própria da Democracia.

Portanto, presente a primeira característica essencial das Ouvidorias no sentido da evolução e fortalecimento do processo Democrático: a possibilidade de expressão da consciência individual, como resgate da liberdade perdida no sistema representativo-partidário.

Essa diferença ganha relevância se considerarmos que nós, humanos, decidimos questões de vida e morte por pura emoção e que é do choque delas que emerge a verdade ou o ponto comum da razão.

Nesse conflito de sentimentos, outra característica humana, a flexibilidade, vai possibilitar essa busca da verdade e da razão. Se fôssemos seres racionais, não haveria razão para cada pessoa um voto, pois a racionalidade nos levaria a escolher os mais capazes e estes deliberariam racionalmente qual a melhor providência para todos.

Como silogismo lógico dessas realidades, podemos afirmar que eleições não decidem o que queremos, mas o que sentimos no momento de se expressar pelo voto.

2. Ouvidorias: instâncias de igualdade

Ao possibilitar a expressão da consciência individual, as Ouvidorias se revelam a única instância de igualdade no processo democrático, pois permitem a igualdade de valor nessa manifestação, independente da qualidade do cidadão: rico, pobre, negro, branco, culto ou ignorante, o momento da verbalização do sentimento coloca todos iguais, com o mesmo valor jurídico.

Mas, se igualdade é sinônimo de equidade, esta se revela quando tratamos os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção da sua desigualdade.

Imaginemos a hipótese de um cego pretender a entrada em local público em que é proibida a entrada de animais, como o seu cão guia. Somente negando a aplicação da norma, poderemos garantir a igualdade ao cidadão desigual, pois impedir a entrada do cão é negar o direito fundamental de ir e vir em condições iguais com as outras pessoas sem esta necessidade especial. Em outras palavras, o valor da lei, norma geral e abstrata, não considera as peculiaridades das individualidades, que são colocadas nas mãos, ou melhor, na consciência ou nos sentimentos do Ouvidor, em avaliar se aquela situação, embora legal, é injusta ou não.

Daí a primeira conclusão de um princípio que atende à essência da Democracia expressa na atividade das Ouvidorias: o dever imperativo de difundir ao máximo as informações recebidas, de forma a possibilitar a repartição de decisões, providências, de maneira a viabilizar que se encontre a verdade ou o ponto comum da razão. Esta é a primeira “cláusula pétrea” ou princípio vetor das Ouvidorias: difundir ao máximo as informações, ou melhor, os sentimentos expressos na consciência pessoal dos reclamantes.

3. Direito fundamental à igualdade: consciência inata dos *Sapiens*

O conceito de igualdade é expressão de uma consciência inata, construída entre 13 e 10 mil anos antes da era cristã pelo homem pré-histórico, do denominado período dos caçadores coletores. Nessa época, se dois caçadores saíssem para caçar, voltassem com uma galinha selvagem e na hora da divisão do alimento um desse ao outro apenas uma asa da galinha, o outro não olharia para a refeição e pensaria: melhor uma asa do que nada... Pelo contrário, iria se encher de ira e berrar a plenos pulmões que aquilo não era justo! A curto prazo, o mais forte imporia a sua razão, mas, no longo prazo, faria o outro pensar duas vezes antes de repetir o gesto, principalmente se o companheiro de caça estivesse crescendo e ficando mais forte.

Portanto, recusamos ofertas injustas porque os nossos ancestrais que as aceitaram docilmente não sobreviveram ao período pré-histórico, não passaram o DNA desses sentimentos aos seus descendentes.

A história é uma sequência deste conflito, que se iniciou milhares de anos atrás. A independência Americana, que antecedeu em 13 anos a Revolução Francesa, teve como causa a desigualdade. Os colonos Americanos sentiram-se injustiçados pelo tratamento desigual que recebiam da Inglaterra, pois pagavam altos impostos sem qualquer retorno e, da mesma forma, a plebe francesa era a única classe a pagar impostos para sustentar os luxos da burguesia.

Se recuarmos mais na história, a República Romana é um exemplo disso. A necessidade de manter unido o império Romano fez com que se desenvolvesse a maior difusão de informações e repartição de decisões do nosso processo civilizatório. As leis podiam ser revogadas pela assembleia popular, o Direito, o justo era construído a partir dos fatos sociais e com base na equidade dos princípios dos *mores maiorum*, a moralidade pública em Roma. É certo que existia o *corpus iuris civilis*, mas era colocado de lado se não havia regra adequada para uma solução justa.

O objetivo principal era a igualdade jurídica entre patrícios (romanos) e plebeus (povos dominados), ou seja, mesmo valor para ambos. Nesse sentido, difundindo informações e repartindo decisões, construíram um Estado justo e são, pois ofereciam a todos a possibilidade de serem iguais.

A passagem da República e o retorno ao Império revelam o esvaziamento desse sistema de repartição de decisões e a concentração de informação e do poder decisório nas mãos de um único Imperador autocrático.

4. O desafio do mundo moderno: liberdade *versus* igualdade

Mas o grande desafio do nosso tempo é como conjugar liberdade e igualdade com qualidade de forma a não abusar do seu direito (*honesto vivere*); não prejudicar ninguém (*altere non laedere*) e dar a cada um o que é seu (*cui cuique tribuere*), a fórmula usada pelos Romanos para chegar ao ponto comum da razão.

Para que sejamos mais iguais, aqueles que têm mais liberdade econômica, atributos de educação etc. têm que abrir mão de seus direitos em favor de outros que não têm, o que não é fácil fazer de forma justa e equilibrada, a fim de preservar o que foi conquistado pelo esforço individual.

Se por si só a tarefa já se apresenta gigantesca, temos que acrescentar que somos uma espécie dual, vivemos num mundo real, onde existem coisas materiais, palpáveis, objetivas e um mundo imaginário, dos Deuses, das lendas, dos mitos, dos rituais, das crenças. Essa dualidade nos faz construir uma ordem imaginada de mitos compartilhados: meninos vestem azul, meninas vestem rosa... E os LGBT+? Como dar o mesmo valor a uma terceira opção que não faz parte de ordem imaginada e dos mitos compartilhados do nosso grupo social? Eis a dificuldade e o desafio do nosso tempo...

Mas, para entendê-lo, é necessário distinguir o que é um fenômeno objetivo, subjetivo e intersubjetivo.

Fenômeno objetivo existe independente da consciência humana e das crenças dos humanos. A força da gravidade, por exemplo. Se você acreditar que pode voar batendo os braços como um pássaro, a lei da gravidade vai te mostrar que não pode. Já um fenômeno subjetivo é a consciência e as crenças de um único indivíduo: “acordei com o pé esquerdo”, “me rogaram uma praga que nada dá certo...”. O intersubjetivo já é algo que existe na rede de comunicação ligando a consciência subjetiva de muitos indivíduos. Se sou católico, acredito que Jesus é o filho de Deus; se sou judeu, Jesus é apenas mais um profeta e, se sou Islâmico, esse profeta é Maomé. É esse fenômeno que cria a crença em Deus, Nações e, para mudá-la, são necessárias organizações complexas, como um partido político, um movimento ideológico como a “Operação Lava Jato” ou um culto religioso.

5. Dissonância cognitiva: qualidade vital dos humanos

A dissonância cognitiva, embora possa parecer um defeito, em verdade, é uma qualidade vital que pertence a qualquer cultura. São crenças contraditórias, valores incompatíveis, que nos fazem pensar, reavaliar, criticar, pois somos a única espécie na Terra capaz de uma cooperação flexível e em grande escala. Somos governados por emoções.

Cientistas já estudam as estruturas políticas como sistemas de processamento de dados, pois as eleições revelam não o que queremos, mas o que sentimos naquele momento.

Nesse sentido, os políticos se apresentam como músicos que aprenderam a tocar esse instrumento denominado sistema emocional e bioquímico dos humanos.

Com a sociedade em rede, expressam uma opinião e deflagram uma onda de sentimentos em relação ao que pregaram. Respondem a uma provocação e desencadeiam uma série de manifestações de apoio ou repúdio.

Mas, nesse sentido, a possibilidade da expressão da consciência individual e a igualdade de valor jurídico na difusão e avaliação dos sentimentos expressos pelos reclamantes nas Ouvidorias representam o antídoto contra a realidade das espécies totalitárias de concentração de informação e decisão em um só lugar em que se transformou a Democracia partidária-representativa.

As Ouvidorias, quando fragmentam as identidades, abrem espaço para a razão em detrimento da paixão, permitindo que, do consenso universal possa aflorar a verdade através do exercício de uma autoridade cívica e moral na construção de individualidades, objetivos, mantendo equilibrada a luta entre os que têm e os que não têm.

6. Ordens intersubjetivas e princípios fundamentais na atividade das Ouvidorias

Mantendo a dinâmica da difusão de informações, partilhamento de decisões e valorização do humano, possibilitam a construção de ordens intersubjetivas de cooperação na viabilização da liberdade, dando à sociedade a possibilidade de construção de seus valores a partir das individualidades.

Garante-lhes a independência e o desenvolvimento, vinculando-se aos princípios de:

- 1) difusão plena para compartilhamento de decisões e providências;
- 2) igualdade de valor das ouvidorias sem a possibilidade de solução de continuidade nas reclamações;
- 3) valoração de equidade nas manifestações do reclamante, de forma a possibilitar a análise individualizada da expressão da consciência individual do cidadão.

Esses princípios possibilitam e garantem o desenvolvimento e o progresso da nossa Democracia.

Se o Sistema Democrático brasileiro for capaz de assegurar essas individualidades, a nossa Democracia será boa. Caso contrário, não será, mas é inegável que o papel das Ouvidorias é o caminho para o equilíbrio da relação entre Liberdade e Igualdade.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Derecha e Izquierda* – Razones y Significados de Una Distinción Política. 2ª ed. Madrid, 1996.

BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria Geral da Política* – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Editora Campus, 2000.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angelina D'Ávila Melo. Zahar Editor, 2018.

_____. *A sociedade em rede, A era da informação: Economia, Sociedade e cultura*. 6ª edição. Editora Paz e Terra. Vol. I.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Diretrizes para uma nova legislação do Terceiro Setor, Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Editora FGV, 2004.

_____.; CUENCA, Carlos (Orgs.). *Mudança Social e Reforma Legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, UNESCO, BID, FBBB, 1999 (Série Marco Legal do Terceiro Setor, nº 3).

_____.; *O Empresário e o Terceiro Setor, Cidadania Participativa-Responsabilidade Social e Cultural num Brasil Democrático*. Obra produzida por Texto e Arte Consultoria Editorial, 1995.

FONTES, André. Jurisdição de Equidade e equidade criação. In: *Revista Justiça & Cidadania*, nº 34.

GOODALE, Toni. *Aspectos legais e estratégias de fund raising, Cidadania Participativa, Responsabilidade Social e Cultural num Brasil Democrático*. Obra produzida por Texto e Arte Consultoria Editorial, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Three Normative Models of Democracy, Democratic and Constitutional Theory Today*. Disponível em: www.onlinelibrary.wiley.com.

_____. *Técnica e Ciência como “ideologia”*. Lisboa, 1997.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. II. Madrid, 1988.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. 1ª edição. Companhia das Letras, 2018.

_____. *Sapiens – Uma Breve História da Humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 29ª edição. Porto Alegre: L&PM editores, 2017.

_____. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. 12ª impressão. Companhia das Letras, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político – No Contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Almedina, 2017.

NAVARRO, Marc. *La necesidad de reinventar la democracia o cuando la representación deja de representar*. Disponível em: www.iiov.org.

NOGUEIRA, Marco Aurélio (Trad.). *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. 15ª edição. Paz & Terra, 2018.

REBELO DE SOUZA, Marcelo. *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português – Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito de Lisboa*, Livraria Cruz-Braga, 1983.

_____. *Direito Constitucional, I*. Introdução à Teoria da Constituição. Livraria Cruz, Braga, 1979.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *Lições de História do Direito Romano I, Síntese Geral*. AAFDL Editora, 2016.

_____. *Apontamentos de Direito Romano*. Principia, 2015.

_____. *Apontamentos de Direito Romano*. 1ª edição. Principia, 2015.

_____. *O Futuro da Justiça*. 1ª edição. Nova Vega, 2015.

_____. *Curso de Direito Romano*. 1ª edição. Principia, 2009. Volume I.

_____. Algumas reflexões sobre o ensino da Constituição sem a matriz romana, em “Il bicentenario dela nascita di Theodor Mommsen”. In: *Nuovo Monitore Napolitano*. Periódico mensal digital. Disponível em: www.nuovomonitorenapoletano.it/.

WEIL, Simone. *Nota sobre a supressão geral dos Partidos Políticos*. Tradução de Manuel Freitas. Antígona, 2017.

O Ministério Público nas ações de família: intervenção na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica

State prosecution service in family law causes: Women's rights protection in case of domestic violence

Mario Moraes Marques Junior*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público. 3. Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial. 4. Nova hipótese de hipossuficiência. 5. Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

O escopo do presente trabalho é elucidar algumas questões relativas à intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica em ações de família, após a entrada em vigor da Lei nº 13.894/2019. Através da análise dos princípios constitucionais e do perfil institucional do Ministério Público, não há dúvidas de que a nova atribuição está em consonância com os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, que definem a natureza da instituição e suas principais funções. A intervenção do Ministério Público é estudada em detalhes, sob vários aspectos, considerando a sua natureza, extensão, momento e outras questões como a nulidade, na hipótese de ausência de participação no feito. É parte do trabalho, também, um capítulo devotado à análise da nova regra de competência que estabelece o foro do domicílio da mulher vítima de violência doméstica como competente para as ações de família.

Abstract

The purpose of this paper is to elucidate questions related to State Prosecution Service action in the role of inspector of the law in preserving the rights of women victims of domestic violence, in family law cases, since the entry into force of Federal Law 13.894/2019. Throughout the analysis of the Constitution principles and the institutional profile, it seems

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

the new assignment is in accord with articles 127 and 129 of the Federal Constitution, which establish the nature of State Prosecution Service and its main institutional duties. The intervention of State Prosecution Service has been fully studied, considering several aspects, its nature, extension, moment and more, such as the invalidity of the judicial proceedings in case its participation is not ensured. It is also part of this paper a chapter devoted to the analysis of a new jurisdiction rule which establishes the victim domicile place as the court for the family law cases.

Palavras-chave: Ministério Público. Processo Civil. Ações de Família. Lei Maria da Penha. Constituição Federal.

Keywords: State Prosecution Service. Civil Lawsuit. Family law causes. Maria da Penha Law. Federal Constitution.

1. Introdução

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.894 de 29 de outubro de 2019, diversos dispositivos legais do Código de Processo Civil e da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), foram alterados.

O presente trabalho tem por foco a análise do parágrafo único acrescentado ao artigo 698 do Código de Processo Civil, que determina a intervenção do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha.

Também é objeto deste artigo a nova regra de competência instituída pelo acréscimo da alínea “d” ao inciso I do artigo 53 do CPC, que estabeleceu o foro do domicílio da vítima de violência doméstica como competente para as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

A redação sintética destes dispositivos legais com certeza suscitará fundadas dúvidas de interpretação, que demandam uma análise doutrinária que facilite esta hermenêutica.

O presente estudo pretende, através da análise doutrinária tradicional bem como de pesquisa jurisprudencial acerca do tema da intervenção ministerial no processo civil, traçar os rumos para a melhor interpretação e alcance das novas normas processuais, através de metodologia que privilegiou a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, buscaram-se os fundamentos constitucionais para a intervenção da instituição do Ministério Público na aplicação dos novos dispositivos legais, em consonância com a natureza e perfil traçados pela Constituição Federal, seguindo-se capítulo em que são abordados os diversos aspectos desta atividade ministerial no processo civil, delimitando-se a sua natureza, extensão, obrigatoriedade e consequências jurídicas do descumprimento da norma.

No quarto capítulo, é abordado o tema da hipossuficiência, que, em última análise, dita a intervenção ministerial, desta feita não associada à incapacidade ou menoridade da parte, mas sim à especial situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica.

Por fim, no quinto capítulo do presente trabalho, são tecidas breves considerações sobre a nova regra de competência instituída pela Lei nº 13.894 de 2019, que acrescentou a alínea “d” ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da mulher vítima de violência doméstica como o competente para a propositura de ações de família.

2. Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público

Ab initio, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 698 do CPC, ao determinar a intervenção do Ministério Público nas ações de família, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, encontra eco no próprio perfil institucional do *Parquet*, insculpido no art. 127, *caput* da Constituição da República, que lhe dá o caráter de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É neste contexto, na defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, conforme a previsão constitucional, que se legitima a intervenção ministerial na tutela da mulher em situação de vulnerabilidade, vítima de violência.

Esta nova atribuição está em consonância com a natureza da instituição do Ministério Público, sendo certo que o rol de funções institucionais previsto no art. 129 da Constituição Federal não é exaustivo, comportando ampliação, desde que compatível com sua finalidade constitucional.

Neste entendimento, manifesta-se a doutrina de Alexandre de Moraes:

Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância. (MORAES, 2019, p. 665)

Assim, o novo dispositivo legal estatuído pelo parágrafo único do art. 698 do CPC encontra-se em perfeita consonância com o perfil constitucional do Ministério Público, sendo certo que, ao determinar a sua intervenção nas ações de família na

hipótese mencionada, reforça a tutela estatal de interesses reputados relevantes e indisponíveis em proteção da família em sentido amplo (art. 226, *caput* da Constituição).

Neste diapasão, valiosa a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

Estando em jogo um interesse assim qualificado, o Ministério Público estará legitimado a defendê-lo; em alguns casos, ele o fará como órgão agente, em outros, como órgão interveniente. Sob esse enfoque, é possível identificar a essencialidade de sua atuação para o advento de uma prestação jurisdicional do Estado: não pode haver função jurisdicional em matéria social ou indisponível, sem a presença do Ministério Público. Havendo violação da ordem jurídica que envolva um interesse social ou individual indisponível, não pode haver prestação jurisdicional sem a presença do Ministério Público. (MAZZILLI, 2011, p. 02)

Estabelece, ainda, o art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, o dever do Estado de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações, de modo que o *novel* dispositivo legal previsto no parágrafo único do art. 698 do CPC tem o condão de ampliar a participação do Estado nas ações de família em que se vislumbre situação de vulnerabilidade da mulher em razão de violência doméstica ou familiar, através da intervenção do Ministério Público, que irá atuar na tutela jurídica dos interesses da vítima, zelando pela correta aplicação da lei no caso concreto.

3. Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial

O Ministério Público, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, atuará nas ações de família, nos termos do parágrafo único do art. 698 do Código de Processo Civil, como *custos legis*, ou seja, como órgão interveniente, fiscal da ordem jurídica.

A intervenção se dá em razão da qualidade da parte, a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, vez que presumido o seu estado de vulnerabilidade.

Sua intimação para atuar no feito é obrigatória, sob pena de nulidade processual, devendo o Juiz, ao verificar a hipótese descrita no dispositivo legal em comento, determinar a abertura de vista ao órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar nos autos.

Nos termos do art. 279, *caput* do CPC, é nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir, sendo certo que, se o processo tiver tramitado sem a obrigatória intervenção ministerial, serão invalidados os atos processuais a partir do momento em que o órgão com atribuição deveria ter sido intimado, conforme disposto no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

A necessidade de intervenção do Ministério Público deverá ser verificada de ofício pelo Juiz tão logo examine a petição inicial, quando a vítima for autora, ou a defesa, quando ela for ré.

A intimação do órgão ministerial se dará tão logo possível e necessária, porém, o momento da intimação variará dependendo do rito processual.

Assim, por exemplo, havendo pedido de tutela de urgência formulado pela mulher como parte autora, o órgão do Ministério Público deverá ser intimado antes da decisão, possibilitando-se a sua manifestação prévia.

Nas ações de alimentos, diferentemente, a intimação do Ministério Público para intervir se dará logo após a decisão que fixar os alimentos provisórios pelo órgão judicial (art. 4º, *caput* da Lei nº 5.478/1968).

A pronta intimação do órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar no feito permitirá o pleno exercício da atividade fiscalizatória, tanto da regularidade processual quanto do cumprimento da lei, na tutela dos interesses da mulher.

A destinatária da tutela jurídica, na hipótese, é a mulher maior e capaz, vítima de violência doméstica perpetrada por qualquer membro do núcleo familiar ou doméstico, havendo jurisprudência firmada no sentido de que para a aplicação da Lei Maria da Penha não há necessidade de coabitação entre vítima e agressor. Há julgados, inclusive, admitindo a aplicação da mesma legislação em casos de violência entre irmãos ou envolvendo outros membros da família, não se limitando às hipóteses de agressão entre cônjuges ou companheiros.

Encontra-se em estado de vulnerabilidade a mulher que tenha sofrido qualquer violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, nos termos do art. 7º, incisos I a V da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação com o agressor, nos termos do art. 5º da mesma lei.

O dispositivo legal contido no parágrafo único do art. 698 do CPC visa ampliar a rede de proteção jurídica destinada à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, sendo um desdobramento e uma ampliação da norma contida no art. 25 da Lei Maria da Penha.¹

A intimação do órgão do Ministério Público independe de requerimento da parte, devendo ser determinada pelo Juiz tão logo constate a ocorrência da situação fática descrita na norma processual em comento.

Bastará que haja fundado relato na inicial ou na contestação de que a parte tenha sido vítima de violência doméstica, em qualquer das suas formas, para que seja determinada a intimação do Ministério Público para atuar no feito, presumindo-se o estado de vulnerabilidade da mulher.

¹ Art.25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não é necessário que a petição inicial ou a contestação esteja instruída com boletim de ocorrência ou peças processuais de eventual procedimento em trâmite no Juizado de Violência Doméstica para que se imponha a intimação do Ministério Público, bastando a existência nos autos de relato verossímil quanto à ocorrência de episódio de violência doméstica vitimando a mulher, autora ou ré, que possa colocá-la em situação de desvantagem processual em relação à outra parte.

Naturalmente, não é qualquer relato de desentendimento entre as partes, próprio de casal em vias de término de relacionamento afetivo, que ensejará a intervenção do Ministério Público. É necessário que a caracterização do estado de vulnerabilidade da mulher esteja patenteada de modo significativo, capaz de alterar a paridade de forças entre as partes no processo.

Caberá ao órgão ministerial, uma vez intimado, verificar discricionariamente quanto à existência ou não do estado de vulnerabilidade da mulher, que determina a sua intervenção, nos termos do dispositivo analisado.

Considerando o princípio da independência funcional, que rege a instituição, terá o Promotor de Família ampla liberdade para valorar os fatos, tanto para deliberar pela necessidade quanto pela desnecessidade de sua intervenção no caso concreto, uma vez intimado.

A intervenção do Ministério Público poderá ocorrer em qualquer fase do processo, sendo certo que a causa de sua interveniência pode ser posterior ao ajuizamento da ação, como quando, por exemplo, a violência física ou as ameaças à mulher se iniciarem no curso do processo.

Ocorrendo tal situação, será determinada a intimação do órgão ministerial, que deverá verificar se não há vício de consentimento ou de vontade em qualquer manifestação da parte vitimada, anterior à sua entrada no feito, bem como prosseguir na tutela dos seus interesses a partir daquele momento processual até o trânsito em julgado da sentença.

A intervenção ministerial eventualmente pode ocorrer somente após a sentença, se a agressão ou ameaça tiver lugar após a sua prolação. Havendo recurso, caberá, nesta hipótese, ao Desembargador Relator do apelo determinar a intimação do órgão do Ministério Público com atribuição no segundo grau de jurisdição, que intervirá nos mesmos moldes já analisados.

Impende salientar, ademais, que, em caso de discordância pelo Juiz da causa quanto às razões invocadas pelo órgão do Ministério Público que conclua pela desnecessidade de sua intervenção, a solução será a aplicação, por analogia, do disposto no art. 28 do CPP, remetendo-se a questão para ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça, que decidirá em caráter definitivo.

Ao revés, tomando o Promotor de Família conhecimento do trâmite de processo em que deva atuar por força do art. 698, parágrafo único do CPC, deve de ofício intervir, pugnando para que seja intimado pessoalmente de todos os atos processuais, sob pena de nulidade do feito.

Se a parte requerer a intervenção do Ministério Público, em qualquer momento processual, e for indeferido o requerimento pelo Juiz, poderá valer-se das vias impugnativas processuais normais para a reforma da decisão, podendo também levar diretamente o fato ao Promotor de Justiça com atribuição, para as providências cabíveis.

Cabível o recurso de agravo de instrumento da decisão que não acolher o requerimento de intervenção do Ministério Público formulado pela parte, considerando-se a necessidade de imediata reforma da decisão, que não pode aguardar a prolação da sentença, devendo ser submetida de imediato à instância revisora. De fato, já tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentado que o rol do art. 1015 do Código de Processo Civil é de taxatividade mitigada, admitindo hipóteses não contempladas em razão da urgência, é cabível o agravo, evitando-se que sejam fulminados pela nulidade os atos processuais posteriores, que demandassem a intervenção do *Parquet*.

Outra questão importante, no que concerne à atuação ministerial na hipótese em comento, diz respeito ao seu limite temporal e objetivo, vez que a atribuição do órgão do *Parquet* está sujeita à permanência da causa justificadora da intervenção. Assim, uma vez cessado o presumido estado de vulnerabilidade da parte no curso do processo, como, por exemplo, quando a mulher contrai novas núpcias ou ingressa em nova união estável e muda seu domicílio para outra cidade ou país, não vemos justificativa para perdurar a intervenção do órgão do Ministério Público, vez que a presunção de vulnerabilidade não é absoluta, devendo ser valorada e aferida caso a caso.

De fato, é mister que a parte continue sob a esfera de influência do agressor, que deve estar no polo contrário da relação processual, para que se justifique a atuação do órgão ministerial, em razão de situações em que a mulher possa estar em situação de medo, temor, ameaça ou coação.

Incumbe ao agente ministerial, em sua intervenção, velar para que a mulher não sofra qualquer prejuízo processual e que seja justa a composição final da lide, devendo necessariamente recorrer tanto em caso de *error in iudicando* quanto de *error in procedendo*, como fiscal da ordem jurídica.

O Ministério Público não está, no entanto, vinculado ao êxito da parte que motivou a sua intervenção no feito, podendo opinar, na condição de *custos legis*, com total liberdade, até mesmo contrariamente à sua pretensão, caso não esteja amparada pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, é o escólio de Emerson Garcia:

Em sua atuação, o membro do Ministério Público estará amparado pelo princípio da independência funcional, não havendo óbice, inclusive, a que se posicione de modo contrário à parte ou ao interesse que motivou a sua intervenção no feito. Enfrentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em

favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência. (GARCIA, 2017, p. 500)

Na sua atuação como órgão interveniente, o Ministério Público, atuando na tutela do interesse da mulher vítima de violência doméstica, como fiscal da ordem jurídica, terá vista dos autos após as partes, sendo intimado de todos os atos do processo, poderá produzir provas, requerer medidas processuais e recorrer (art. 179, incisos I e II do CPC), devendo ser previamente ouvido à homologação de eventual acordo celebrado pelas partes.

Esta nova função institucional cometida ao Ministério Público tem alcance e expressão social amplos, vez que de interesse de toda a sociedade o combate à violência doméstica sob todas as formas, devendo o Estado, por todos os meios, atento ao comando constitucional (art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal), amparar e dar suporte às vítimas deste tipo de violência, que afeta o núcleo social mais sensível, a família.

4. Nova hipótese de hipossuficiência

A mulher vítima de violência doméstica e familiar faz jus ao reconhecimento de sua hipossuficiência, uma vez que carente de uma maior proteção processual.

De fato, reconhecido o seu estado de vulnerabilidade, corolário lógico é a necessidade de ser resguardada a igualdade jurídico-processual em relação à parte contrária, seu suposto agressor no âmbito das relações familiares, evitando-se que ela sofra qualquer tipo de constrangimento ou coação que lhe cause prejuízo ao longo do processo.

Esta é a preocupação do legislador, ao prever a intervenção do Ministério Público como órgão responsável pela tutela dos interesses da parte hipossuficiente, nos termos do art. 698, parágrafo único do CPC.

A situação de desvantagem processual se presume, diante do quadro de violência doméstica, impondo-se que o Estado, desta feita, através da instituição do Ministério Público, atue efetivamente para que sejam resguardados os direitos da vítima nas ações de família, estando ou não em curso ação penal no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em face do suposto agressor.

No desempenho desta relevante função, o Promotor de Família deverá velar para que a parte possa livremente se expressar nos autos, sem qualquer tipo de vício de consentimento ou de vontade, além de assegurar que lhe sejam garantidos o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, opinando sobre todas as questões incidentes e no mérito da causa, bem como recorrendo da sentença, caso não dê justa solução à lide.

Em que pese à destinatária da norma ser a mulher maior e capaz, mesmo devidamente assistida por advogado, quis o ordenamento, em razão da excepcional situação de vulnerabilidade resultante da violência, tenham os processos de família a intervenção do Ministério Público, quando em um dos polos da relação processual figurar vítima de qualquer das formas de violência elencadas no art. 7º e incisos da Lei Maria da Penha.

No desempenho da sua atividade como *custos legis*, o Ministério Público deverá assegurar que inexista prejuízo processual para a vítima, o que não se confunde com a representação da parte, vedada à instituição.

Como órgão interveniente, o Ministério Público poderá requerer diligências úteis ao deslinde do processo, bem como a produção de prova pericial, como estudos sociais e avaliações psicológicas frequentemente necessárias para a comprovação de quadros de alienação parental e outras disfunções familiares, além de fornecerem importantes subsídios técnicos em ações de guarda e regulamentação de convívio parental.

Por se tratar de norma de natureza cogente, não pode a parte dispensar a intervenção do Ministério Público, quando presente a situação fática descrita no art. 698, parágrafo único, sendo imperiosa a atuação do órgão ministerial, a quem incumbe a análise da presença ou não de interesse na sua intervenção.

Quanto à provocação da intervenção do Ministério Público, que pode e deve ser determinada de ofício pelo Juiz ou requerida pela parte, salientamos a doutrina de Alexandre Amaral Gavronski no entendimento de que o requerimento de qualquer das partes deve ser atendido pelo Juiz:

Havendo requerimento especificamente fundamentado de qualquer parte para intimação do Ministério Público a intervir em hipótese prevista em lei (por exemplo, sustentando a presença de interesse público ou social na causa), deve ela ser providenciada, não cabendo ao juiz aferir se cabível ou não a intervenção, visto que cabe à Instituição, e não ao Poder Judiciário, a aferição em concreto. (GAVRONSKI, 2016, p. 64)

Assim, uma vez requerida a intervenção ministerial pela parte, cabe ao Juiz determinar a intimação do Ministério Público, que avaliará a necessidade e extensão da intervenção, em favor da parte, em cumprimento à norma legal em comento.

5. Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família

Interessante inovação legislativa foi a inclusão de nova regra de competência trazida pela Lei nº 13.894/2019, ao acrescentar a alínea “d” ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da vítima de violência doméstica

e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha como foro competente para a propositura das ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

Igualmente se aplicará a mesma regra de competência para as ações de alimentos propostas pela mulher nas mesmas condições, incidindo na hipótese a mesma *ratio legis*, a fim de se assegurar à mulher o exercício do direito a alimentos, muitas vezes emergencial diante do estado de vulnerabilidade decorrente da violência doméstica.

Trata-se de regra de competência instituída em favor da mulher vitimada, facilitando o seu acesso à Justiça, especialmente naqueles casos em que ela se viu afastada do lar conjugal justamente em razão das agressões sofridas, sendo previsão normativa de importante alcance social, de especial relevância na ampliação do arcabouço jurídico de proteção à mulher.

Estamos diante de caso de foro especial, instituído na busca de melhor tutela a interesse da parte, que o legislador entendeu estar em posição de merecer tratamento diferenciado, sendo hipótese de competência relativa e não absoluta, de modo que admite prorrogação, podendo optar a mulher vítima de violência doméstica e familiar por propor a ação no foro do domicílio do réu.

A incompetência relativa pode ser arguida pelo Ministério Público, caso tal providência atenda ao melhor interesse da mulher, na hipótese do art. 698, parágrafo único do CPC, conforme previsão do art. 65, parágrafo único do mesmo diploma legal.

As ações de família, na hipótese de uma das partes ser vítima de violência doméstica e familiar, nos termos de novo dispositivo legal (inciso III acrescido ao art. 1048 do CPC), terão prioridade de tramitação, o que também deve ser observado pelo Ministério Público no exercício de suas atribuições como órgão interveniente.

6. Conclusões

Podemos concluir, pela análise das novas normas legais, que o legislador buscou ampliar o arcabouço jurídico já existente de proteção à mulher, o que já vem sendo reforçado ao longo dos anos pela edição de diversas leis, como a própria Lei Maria da Penha e a Lei nº 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o art. 1º da Lei nº 8.072/1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

A intervenção do Ministério Público nas ações de família em que for parte mulher vítima de violência doméstica é mais uma forma de tutela estatal, com o escopo bem definido de salvaguardar os interesses jurídicos das vítimas, também no campo dos processos de família, devendo tal atribuição ser exercida pelos Promotores de Família com absoluta independência funcional, inclusive no que tange à necessidade, duração, limites e extensão da intervenção.

Para tanto, inafastável será a intimação pessoal do órgão do Ministério Público com atribuição, sob pena de nulidade, devendo a intervenção ter lugar em todas

as fases e atos dos processos de família em que figurem como parte (autora ou ré) mulher no estado de vulnerabilidade prevista no parágrafo único do art. 698 do CPC.

É preciso salientar que a nova intervenção do Ministério Público vem na contramão de uma tendência de valorização da atuação ministerial como órgão agente, em detrimento da atividade como fiscal da ordem jurídica (*custos legis*), cabendo aos órgãos com atribuição na área de família assumir uma postura mais ativa e resolutiva, contribuindo de modo eficaz para a celeridade processual e para uma prestação jurisdicional mais justa, dando relevância social ao exercício desta nova função institucional.

Referências bibliográficas

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A Intervenção do Ministério Público no novo Código de Processo Civil. In: RODRIGUES, G.; ANJOS FILHO, R. (Orgs.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Brasília: ESMPU, 2016. p. 64.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *A atuação do Ministério Público no Processo Civil*. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnopc2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Divórcio, mancomunhão e taxa de ocupação: questões relevantes

Dissolução conjugal e seus reflexos enquanto pendente partilha de bens

Raphael Le Cocq*

Sumário

1. Introdução. 2. Da dissolução da sociedade conjugal e da extinção do vínculo conjugal. 3. Do Estado de Mancomunhão de Bens e da Universalidade de Bens. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Ementa

Dissolução da Sociedade Conjugal e Dissolução do Vínculo Conjugal. Emenda Constitucional nº 66. Separação Judicial e Divórcio. Partilha de bens. Mancomunhão. Taxa de Ocupação. Universalidade de Bens. Frutos Civis.

1. Introdução

Ao longo de minha empreitada jurídica como advogado no ramo do Direito de Família (ou Direito das Famílias), um dos problemas mais tormentosos, quando do término da relação de conjugalidade, reside na *quaestio* inerente ao combate ao não locupletamento indevido de uma das partes em detrimento da outra pelo exercício da posse exclusiva de bens que ainda se encontram em estado de mancomunhão ante a ausência de partilha.

Dizemos isto, pois, certo é que, em divórcios litigiosos, que nada mais são que partilhas litigiosas, enquanto pendente o desfecho judicial da partilha dos bens advindos da relação conjugal desfeita, quase sempre, uma das partes litigantes passa a exercer a posse exclusiva dos bens ou ao mínimo de determinados bens, sem nada pagar por isso.

Como é notoriamente sabido, no âmbito das Varas de Família, resta quase que uníssono o entendimento jurisprudencial pelo qual se consagra a tese de que, enquanto pendente o desfecho de eventual partilha de bens, descabido será o pleito,

* Pós-Graduado em Direito Econômico Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialização em Direito Público e Privado para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

manejado por aquele que se vê alijado dos bens, de reparação financeira frente aquele que utiliza e exerce a posse do bem (ou dos bens) com exclusividade.

Não são raros os casos em que, após a separação de fato do casal, apenas um dos cônjuges permanece a residir no único imóvel pertencente ao casal.

Não são raros os casos, também, em que há apenas bens móveis a serem partilhados (ex.: um único automóvel) e estes bens restam na posse exclusiva de apenas uma das partes sem que a outra possa usar ou fruir do bem.

Trata-se de bens indivisíveis por natureza e que impossível a composses em decorrência lógica da extrema animosidade presente em divórcios litigiosos.

Temos assim, situação fática e real que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário de modo a impedir que abusos sejam cometidos e locupletamentos sem causa sejam perpetrados por quaisquer das partes litigantes enquanto pendente eventual partilha de bens.

Neste contexto é que traçamos estas breves linhas, visando não só esclarecer as questões jurídicas que norteiam a problemática aqui relatada, mas, também, para tentar trazer reflexões e conclusões que busquem um resultado justo a impedir o locupletamento indevido de quaisquer das partes litigantes enquanto pendente o demorado processo judicial de partilha litigiosa de bens.

Feita a delimitação do tema, iniciamos nosso estudo.

2. Da dissolução da sociedade conjugal e da extinção do vínculo conjugal

De início, cumpre lembrar ao leitor pequena (mas importantíssima) distinção existente entre o fim da sociedade conjugal e o fim do vínculo conjugal propriamente dito. Dizemos isso, pois, apesar de embrionariamente ligados, o vínculo conjugal e a sociedade conjugal representam, em si, profunda distinção conceitual.

O estado de conjugalidade, no sentido de comunhão de desígnios para em união perseguir o objetivo de constituir família (e patrimônio) em comunhão de esforços, pode ser em si encontrado até mesmo na ausência formal de um casamento. Encontrar-se-á verdadeira sociedade conjugal em Uniões Estáveis nas quais por uma realidade fática percebe-se a união de esforços entre pessoas, ligadas primordialmente pelo afeto, para constituir patrimônio único a dar sustentabilidade à família que se está a constituir ou que já resta constituída.

Perceba que a sociedade conjugal nada mais é que uma sociedade advinda de situação fática existente em qualquer esboço familiar, seja em Uniões Estáveis ou em Casamentos formais.

Neste diapasão, deve restar claro que *uma vez percebida, no mundo fático, a comunhão de desígnios ao fim precípua de constituir uma família, estaremos diante de uma sociedade conjugal.*

Ressalte-se que, *antes do surgimento do instituto da União Estável, amparavam-se todos aqueles que não eram casados, mas que indubitavelmente constituíram um corpo*

familiar de fato, *no instituto importado do direito comercial (hoje denominado de direito empresarial), assim denominado “sociedade de fato”,* que nada mais representa para o direito comercial/empresarial, que a sociedade informal desprovida de personalidade jurídica ante a ausência do cumprimento de formalidades legais para sua legal e legítima constituição (tal como a ausência de registro junto a repartição pública competente – Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas).

Em razão da presente realidade fática de que sociedades comerciais/empresariais eram, e ainda são, formadas a todo tempo sem o cumprimento das formalidades legais, muitas das vezes, até mesmo sem contratos ou atos constitutivos, em que apenas relações fáticas demonstravam o desígnio único de todos aqueles que se juntaram em sociedade, fora criada a assim denominada “sociedade de fato” e estabeleceram-se regras mínimas para que o Poder Judiciário pudesse com amparo legal solucionar os litígios advindos das relações existentes daquelas pessoas que de fato formaram uma sociedade.

Não diferente de qualquer norma de direito material de cunho patrimonial, *visa ao instituto jurídico da sociedade de fato evitar abusos e o locupletamento indevido.*

Todavia, nas relações de direito de família, não estamos diante de uniões meramente patrimoniais, estamos diante de relações de cunho afetivo que se distanciam em muito das relações societárias com fins meramente comerciais/empresarias.

Em razão dessa clara e inequívoca realidade, fez-se perceber a necessidade de se criar instituto jurídico próprio do direito de família apto a regular de maneira adequada as relações patrimoniais e de afeto não consumadas pela via formal do casamento, surgindo em nosso ordenamento jurídico o instituto assim denominado “União Estável”.

Feitos esses esclarecimentos, resta claro e evidente que a sociedade conjugal, entendida como a sociedade de fato formada com o desígnio de constituir família independente do vínculo formal do casamento, representa, em verdade, situação fática juridicamente relevante.

Neste diapasão, resta claro, por via de consequência, que, uma vez operada a inequívoca separação fática dos que assim viviam em família, independente da forma legal à que estavam subsumidos, União estável ou Casamento, rompida estar-se-á a sociedade conjugal, pondo-se fim incontestemente à relação patrimonial até então existente.

Assim sendo, *deve restar claro, ao leitor, que o fim da sociedade conjugal se opera de forma fática. Em dissonância completa ao vínculo conjugal, o qual deve ser desconstituído por ato voluntário formal e/ou por sentença desconstitutiva de divórcio.*

Deixe-se claro:

- *A separação de fato põe fim à sociedade conjugal, ante a ausência da affectio maritalis* necessária e imprescindível ao reconhecimento da existência de uma sociedade conjugal.

- A decretação do divórcio põe fim ao vínculo conjugal, extirpando todos os direitos até então existentes de cunho não societário, tal como o direito de sucessão *causa mortis*.

Necessária a presente explanação ante a indubitosa relevância destes conceitos paradigmas para que possamos buscar, aqui, a solução adequada ao problema existente em sociedades conjugais desfeitas e nas quais pendente a decretação de divórcio e pendente, ainda, a necessária e imprescindível partilha de bens, para que as partes litigantes possam pôr fim irremediável ao litígio estabelecido após o fim da relação afetiva.

Para não nos alongarmos em demasia e desnecessariamente, não enfrentaremos aqui as questões jurídicas decorrentes da Emenda Constitucional nº 66, alteração constitucional que, se não pôs fim ao Instituto da Separação Judicial, ao menos retirou quase por completo sua utilidade na prática forense, uma vez que possibilitou o requerimento de Divórcio Direto sem a necessidade de prévia Separação Judicial.

Apesar de irrelevante para o tema que pretendemos elucidar por meio do presente artigo, deixemos clara nossa posição de que, apesar de ter a Emenda Constitucional nº 66 suprimido em muito a utilidade do processo de Separação Judicial, entendemos que ainda se mostra vigente o instituto, a uma, pela ausência de ab-rogação expressa, a duas, porque o Novo Código de Processo Civil, promulgado posteriormente à aludida alteração constitucional manteve em seu texto de forma expressa o aludido instituto processual e, por fim, (3) pela sua inequívoca utilidade para os casos em que haja a discussão judicial de culpa pela dissolução conjugal ao fim específico de se buscar que eventuais alimentos entre cônjuges sejam devidos no grau mínimo para subsistência básica do cônjuge culpado. (Lembre-se que o cônjuge inocente, diferentemente de casos nos quais não se discute culpa, deve tão somente alimentos mínimos necessários à subsistência do cônjuge culpado, sendo, neste caso específico, irrelevante a condição social das partes e o padrão de vida até então ostentado pelas partes enquanto viviam em conjugalidade.).

Visto isso, passemos à análise da necessária partilha para a efetiva extinção do estado de mancomunhão.

3. Do Estado de Mancomunhão de Bens e da Universalidade de Bens

Como visto linhas acima, a sociedade conjugal e os efeitos patrimoniais daí decorrentes concernentes à comunicabilidade (ou não) de bens encerram-se indubitavelmente no momento em que se mostra inequívoca a ausência de *affectio maritalis*, o que indubitavelmente resta caracterizado pela efetiva Separação de Fato das partes até então casadas ou em união estável.

Uma vez ocorrida a separação de fato, extinta a sociedade conjugal.

Finda-se o desígnio mútuo de constituir família e patrimônio. Finda-se a sociedade.

Ocorre que acontecimentos de toda ordem rodeiam a Separação de Fato e o fim da sociedade marital até então existente. Não raras as vezes, enquanto não chegam as partes a um consenso ou, se litigiosa a questão, enquanto não se obtém a efetiva decisão judicial concessiva da partilha de bens, certo é que apenas uma das partes permanecerá na utilização e na posse exclusiva dos bens que, por natureza, são indivisíveis.

Situação que força a parte alijada dos bens a suportar despesas extraordinárias de toda ordem, como, por exemplo, a locação de uma nova morada, quando o imóvel em que residia enquanto casado e/ou convivente e que fora adquirido, em tese, em igualdade de condições e em comunhão de esforços, encontra-se na posse exclusiva de seu(ua) ex-cônjuge / ex-convivente.

Observe-se que, enquanto ausente a efetiva partilha de bens, certo é que não há como saber à quem caberá cada bem a ser partilhado ou se os bens ficarão em copropriedade ou mesmo se alguma das partes abrirá mão de seu patrimônio ou parte dele em favor do outro. Diante disso, os bens a serem partilhados permanecem no que assim se denomina de Estado de Mancomunhão.

O Estado de Mancomunhão resta caracterizado pelo dever que recai sobre ambos os cônjuges de manter o patrimônio, dividindo os frutos e rateando despesas.

Nenhum problema existiria em aguardar a partilha dos bens se, e somente se, ambas as partes estivessem na posse igualitária de bens ou se ninguém detivesse a posse exclusiva de quaisquer dos bens. Situação esta quase utópica e que não se enquadra na realidade fática de casais que se encontram em litigiosidade ante o fim do afeto marital.

Em grande parte das vezes, infelizmente, a partilha de bens torna-se uma arma para atingir e prejudicar a parte que decidiu não mais dar prosseguimento à relação. Por vezes outras, torna-se o momento adequado para a efetivação de barganhas e locupletamentos indevidos pela parte emocionalmente mais forte ou por aquela parte que financeiramente não depende do resultado da partilha para prosseguir com sua vida em estado de normalidade.

Certo é que situações de todo tipo e comportamentos imorais, quando não ilegais, bem como abusivos, são vistos no decorrer do lento e demorado processo judicial de partilha de bens.

Todavia, uma das situações fáticas mais comuns em litígios envolvendo partilha de bens certamente é aquela em que se figura presente o exercício da posse exclusiva, por apenas uma das partes, do único imóvel a ser partilhado (imóvel onde residiam ambas as partes antes do fim da sociedade conjugal). Situação esta que obriga a parte alijada da posse a suportar gastos extraordinários para a manutenção de uma nova moradia e que se vê impedida, em tese, de pleitear qualquer valor à parte possuidora do bem até que se ultime a partilha em razão do entendimento de que descabido o pedido de ressarcimento enquanto o bem permanecer em mancomunhão. Situação que, a nosso ver, se mostra em afronta ao basilar ao dogma jurídico da vedação ao

locupletamento indevido. Situação que, aos nossos olhos, fere qualquer conceito de justiça que possa estar ao nosso alcance.

Diante disso, pela jurisprudência hoje dominante, figura-se incabível o pleito de taxa de ocupação pelo ex-cônjuge enquanto pendente o julgamento de partilha em razão de estarem os bens ainda em mancomunhão.

Ou seja, em razão da necessidade de se ultimar a partilha para saber a quem caberá cada bem ou a proporção específica que de cada bem caberá a cada qual das partes litigantes, impedida estaria a parte alijada da posse do bem de cobrar do outro qualquer verba ressarcitória pela posse que está a ser exercida de forma exclusiva.

O locupletamento sem causa nos parece evidente.

Enquanto uma das partes permanece na posse dos bens, sem nada pagar por isso, a outra parte permanece alijada de qualquer benefício que aquele patrimônio poderia lhe propiciar, seja usar, fruir ou dispor.

A título exemplificativo, um casal que se encontra separado de fato e possui um único bem imóvel poderia locar o bem a terceiro e ratear os frutos. Todavia, caso umas das partes permaneça no bem, tornar-se-á impossível a locação e não haverá frutos a serem rateados.

Como resolver a questão sem que haja prejuízo a qualquer das partes?

A resposta é simples: ultime-se a partilha e separe-se o patrimônio!

Todavia, seria fácil se não tivéssemos um sistema judiciário moroso e um rito processual abarrotado de recursos e defesas inesgotáveis.

Diante disso, necessário se faz encontrarmos novas respostas, pois, certo é que deve o julgador, mesmo ante a omissão legal, buscar meios para que abusos e locupletamentos indevidos sejam reprimidos.

Diante dessa problemática, surgem julgados que tentam flexibilizar a necessidade de partilha para que seja possível a cobrança de ressarcimento pelo uso exclusivo do bem por apenas uma das partes.

Todavia, no julgado paradigma, sobre o tema de lavra da célebre Ministra Nancy Andrighi, exarado no bojo do Recurso Especial nº 1.375.271 - SP, resta claro que, apesar da ausência de partilha, necessário estar acordada e certa a forma como serão partilhados os bens em exata proporção. Situação que, por certo, não abarca a maior parte dos casos.

Na grande e esmagadora maioria dos casos, até que se ultime a partilha, não se sabe o que caberá a cada qual das partes litigantes. Logo, não seria justo condenar qualquer das partes a pagar qualquer valor à outra parte se não se sabe a quem caberá o quê em especificidade, uma vez que poderá estar condenando a pagar algo a quem nenhum valor é dividido (Exemplo: como no caso de o imóvel a ser partilhado for considerado, ao final da partilha, bem exclusivo daquele que ocupou o bem durante todo o processo. Caso em que, sem sombras de dúvidas, incabível qualquer pagamento.)

Neste diapasão, propugnamos que, até que seja ultimada a partilha, os bens incontestados, como sendo parte do monte a ser partilhado, devem ser vistos como verdadeira universalidade de bens. Bens em mancomunhão ligados por um estado de indivisibilidade caracterizado pela universalidade de fato instaurada ante a pendente partilha.

Neste diapasão, entendemos que possível seria a condenação daquele que ocupa ou tem a posse exclusiva de determinado bem ao pagamento de valores pelo seu uso exclusivo, todavia, descabido o pagamento direto à outra parte litigante. O valor a ser pago é, em verdade, devido à universalidade instaurada, valor representativo de verdadeiro fruto civil decorrente do bem em questão. Fruto que deve ser incorporado em toda sua extensão à universalidade instaurada.

No que concerne ao *quantum* a ser pago pela utilização exclusiva do bem, também não nos resta dúvidas de que será devido por aquele que individualmente exerce a posse do montante integral correspondente a 100% do valor que seria devido caso a coisa fosse locada a terceiros.

Com isso, os frutos se uniriam à universalidade e posteriormente seriam partilhados na exata proporção devida a cada qual das partes que integram os polos da demanda, em igualdade com o que efetivamente ocorre em processos de inventário e partilha junto aos Juízos de Sucessões.

Evitaríamos, deste modo, chicanas processuais e locupletamentos indevidos de toda a sorte.

4. Conclusão

Levantado o quadro fático e jurídico que abraça a *quaestio* objeto deste estudo, entendemos que o estado de coisas não pode permanecer sem solução.

Pretendemos buscar solução juridicamente possível para o enfrentamento do problema hoje existente e que, a nosso ver, ainda não restou solucionado pela doutrina e jurisprudência de forma adequada.

Considerando que o locupletamento indevido representa um dos maiores estigmas sociais mais graves existentes, não podemos fechar os olhos para o que efetivamente vem ocorrendo em inúmeros Juízos de Família em todo o território nacional.

Não podemos aceitar que qualquer das partes que esteja envolvida em litígio judicial seja prejudicada pela morosidade e complexidade inerente ao feito. Devemos sempre buscar soluções para não só dar efetividade ao processo, devemos buscar soluções para que enquanto seja necessário durar o processo não ocorram lesões outras em decorrência do simples fato de existir um processo.

Neste diapasão, serve o presente estudo como fonte para uma possível mudança na ótica e no proceder frente à *quaestio* aqui aventada.

Assim sendo, considerando a existência de bens comuns incontroversos a serem partilhados, entendemos que estes bens, que são de forma incontroversa patrimônio comum a ser partilhado, devem ser vistos como verdadeira universalidade de bens e, como tal, incidentes serão todas as regras e normas incidentes sobre toda e qualquer universalidade.

Logo, aquele que tem a posse exclusiva de bem incontroversamente incomum deverá depositar em Juízo o valor devido pela utilização da coisa, como se terceiro fosse e em sua integralidade desde o momento em que se iniciou a posse exclusiva até ultimar-se a partilha.

Os valores eventualmente pagos, na condição de frutos civis que são, somam-se ao acervo universal e serão também rateados em partilha de forma justa e dentro das proporções dos quinhões estabelecidos a cada qual das partes pelo Juízo competente ao julgamento da causa.

Não esperamos resolver toda a problemática fática e jurídica que envolve o tema. Todavia, acreditamos que ao mínimo estamos contribuindo para que soluções sejam buscadas, mesmo que não seja o caminho traçado netas linhas o escolhido pelos futuros julgados.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Código Civil*. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 211/212.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. São Paulo: Del Rey.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. vol. 5.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Bookseller.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. São Paulo: Renovar.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Bookseller.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. vol. 7.

PAULO FILHO, Pedro; PAULO, Aparecida de Castro Rangel. *Novo Direito de Família*. São Paulo: Bookseller.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense. vol. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. vol. XX.

A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública

Renee do Ó Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. O que é (e o que não é) Acordo de Não Persecução Penal: uma mudança de paradigma. 3. A constitucionalidade do instituto criado por meio de resolução. 4. Crise da legalidade estrita e uso corriqueiro de normas infralegais no âmbito da segurança pública contemporânea. 5. O princípio da juridicidade como fórmula para o poder regulamentar e para princípio da obrigatoriedade da ação penal. 6. Acordo de Não Persecução como manifestação de uma política criminal funcionalista. 7. Implementação das Regras Tóquio. 8. O papel da confissão e a inexistência de *plea bargaining* – efetivo exercício da persecução penal. 9. Vantagens pragmáticas do Acordo de Não Persecução Penal. 10. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Neste trabalho, procuraremos demonstrar como o Acordo de Não Persecução Penal amolda-se como um novo instrumento de política criminal, capaz de se inserir em um plano de segurança pública formatado a partir de prioridades emergentes e conectado com a realidade do sistema de justiça criminal atual. A regulamentação que o concebeu é ato típico da atual quadra da história jurídico-institucional em que nos encontramos porque serve de orientação propositiva para enfrentar, com objetivos claros e estratégicos, os alarmantes índices de criminalidade que acometem o país.

O Acordo de não persecução abarca crimes de média gravidade, praticados sem violência ou grave ameaça, por pessoas que não ostentam antecedentes criminais, revelando-se instituto capaz de desobstruir o congestionado sistema de justiça criminal de modo a permitir que seja dada a necessária prioridade aos casos revestidos de maior gravidade. Está regulamentado, no Brasil, no art. 18 da Resolução nº 181/2017¹ do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP da seguinte forma:²

* Mestre em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília-Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso/Fundação Escola Superior do MP do Rio Grande do Sul. Pós-graduado e Especialista em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Universidade de Cuiabá. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Membro Auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹ Redação de acordo com a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 que alterou a redação original de todo o art. 18 ora transcrito.

² O famigerado projeto de Lei Anticrime, apresentado em fevereiro de 2019 pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, contempla, com alguma diferença redacional, o Acordo de Não Persecução Penal, propondo a inclusão do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Como se vê, essa norma molda a atuação do Ministério Público em casos de menor gravidade, de modo a produzir alterações na realidade institucional, além de estruturar uma ação estatal, voltada ao cidadão e à realidade social.

Prendemos expor o tema de modo a possibilitar sua compreensão até porque os ataques feitos ao Acordo são, muitas vezes, tomados pelo vício cognitivo conhecido como viés da confirmação, vez que, mal compreendido, vem sendo analisado a partir de institutos jurídicos completamente estranhos a ele, mediante uso de dados e informações selecionadas apenas em torno de si mesmas, de modo apenas a confirmar as crenças e impressões daqueles que relegam o instituto, o que provoca desvios cognitivos e boicota o seu melhor entendimento.³

Como adiante verificar-se-á, o Acordo de Não Persecução representa um novo paradigma, uma nova tecnologia que molda uma política pública criminal pelo Ministério Público de modo, nos dizeres de Coutinho, a: a) formalizar as metas e os “pontos de chegada” das políticas públicas; b) estruturar instituições, seu funcionamento, seus procedimentos a fim de viabilizar suas atuações articuladas; c) desenhar mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, de sanções à seleção do tipo de norma a ser utilizada e d) proporcionar a participação de todos os interessados na sua conformação (COUTINHO, 2013, p. 18-22).⁴ Tomada essa lição, o acordo de não persecução pode, como uma “tecnologia”, moldar arranjos institucionais legítimos e efetivos de modo a estabelecer metas, institucionalizar, instrumentalizar e vocalizar a política pública de enfrentamento à criminalidade de média gravidade.

2. O que é (e o que não é) Acordo de Não Persecução Penal: uma mudança de paradigma

O modelo atual de exercício da ação penal mediante um automático oferecimento de denúncias criminais, mesmo em casos de média gravidade, em situações em que, devido às circunstâncias do acusado e do ato praticado, será aplicada, inevitavelmente, na melhor das hipóteses, uma pena alternativa, é ineficiente ao sistema de justiça criminal. Os alarmantes índices de criminalidade que assolam

³ Para um estudo sobre diversas peculiaridades do instituto, sugere-se a leitura da obra *Acordo de Não Persecução Penal*, em que participamos com dois capítulos diferentes. (CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). Salvador: Juspodivm. 2018)

⁴ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (Org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013, p. 18-22.

nosso país indicam que o sistema de justiça criminal é disfuncional porque não tem mecanismos que permitam um tratamento racional a fim de conferir prioridade aos casos mais graves, preocupação que deve guiar a atuação de uma segurança pública minimamente comprometida com sociedade atual. Por isso, o Acordo de Não Persecução Penal representa um novo paradigma de solução de litígios, fruto da necessidade de melhora nos resultados no sistema de justiça criminal brasileiro de modo a regulamentar, em certa medida, o exercício da ação penal pelo Ministério Público, notadamente nos crimes de média gravidade. Caracteriza-se pela celebração de um negócio jurídico extrajudicial entre investigado, assistido por seu defensor e órgão do Ministério Público em que são entabuladas, de um lado, a fixação de medidas ou condições de interesse social a serem prestadas pelo investigado, em troca, de outro lado, da descaracterização do interesse de agir para o exercício da demanda penal e consequente arquivamento do caso pelo Ministério Público.

Como se pode verificar, o Acordo de Não Persecução amplia, no Brasil, no âmbito da justiça criminal, o modelo negocial de solução de conflitos, caracterizado pela premissa geral de que o litígio pode ser solucionado pela via consensual. Confirmando essa inclinação, o projeto de lei apresentado pela comissão de juristas para a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Luiz Campbell Marques, criada e instalada pela presidência da Câmara dos Deputados, prevê, no art. 17-A, a possibilidade de acordo de não persecução cível.⁵

Do mesmo modo, além do já comentado projeto de Lei Anticrime,⁶ o Projeto de Lei nº 513/2013 da Câmara dos Deputados, conhecido como Pacote de Segurança Pública, faz previsão legal para o acordo de não persecução penal, inserindo o art. 394-B no Código de Processo Penal.⁷

Embora sejam uma tendência mundial, os acordos penais estavam relegados, em nosso país, à transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, institutos previstos na Lei nº 9.099/1995. Além desses casos, existe a possibilidade dos acordos de delação/colaboração premiada, moldados com finalidade

⁵ Dispõe o projeto: Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa. §1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. §2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. §3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. §4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. §5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

⁶ Vide nota de rodapé nº 03.

⁷ Art. 394-B. Nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o Ministério Público poderá, antes do oferecimento da denúncia, propor a aplicação imediata de pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma do art. 46 do Código Penal, respeitados os seguintes requisitos.

eminentemente investigatória. O recorte do Acordo de Não Persecução é maior visto que cabível em relação (a) aos delitos de média gravidade – quando cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos e perpetrados sem violência ou grave ameaça e com dano inferior a vinte salários mínimos, o que abrange grande parte dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro e atinge, sobremaneira, a forma como se opera parte do sistema de segurança pública porque premido pela lógica de que não se deve judicializar o que não ensejará prisão.

Expostas algumas características centrais do instituto, devemos deixar desde já bem assentado nesta seção que o Acordo de Não Persecução não é uma espécie de colaboração premiada, não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não é semelhante a um termo de ajustamento de conduta e muito menos uma espécie de *plea bargaining*, principal instituto do direito norte-americano para julgamento dos processos criminais nos EUA. As distinções serão feitas ao longo deste estudo, mas o que pretendemos deixar bem frisado nesta seção é que o Acordo de Não Persecução representa uma mudança exponencial de paradigmas, visto que se assenta na otimização da justiça criminal que, desobstruída dos processos atingidos por ele, despenderá mais energia nos demais casos que atentam, de forma mais preocupante, contra a ordem jurídica, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, particular ou público.

3. A constitucionalidade do instituto criado por meio de resolução

Questão se coloca neste momento é acerca da constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal previsto na resolução 181/2017 que, ao contrário do que pudesse supor, não afronta ao disposto no art. 22, I, da Constituição Federal que prevê que somente lei federal pode veicular matéria de direito penal e processual penal.

Isso porque o Acordo de Não Persecução não se destina à produção de provas, não implica reconhecimento de culpa, não enseja aplicação de qualquer tipo de pena, motes essenciais do processo penal, nem amplia ou atinge, em nenhuma dimensão, o *ius puniendi* propriamente dito, atributo das normas materiais. Na verdade, o instituto é avançado ainda na fase pré-processual, destinada, como cediço, à formação da *opinio delict* do órgão do Ministério Público e por isso não encontra moldagem nas normas processuais propriamente ditas, entendidas, segundo Edilson Mougenout Bonfim, naquelas que contemplam efeitos que repercutem diretamente sobre o processo e não têm relação com o direito de punir do Estado: “É o caso das regras que disciplinam a prisão provisória, pois a restrição da liberdade não tem relação com o *ius puniendi*, mas com as exigências de conveniência ou necessidade do próprio processo”.⁸ Ora, a função do Acordo não é, destarte, a antecipação do julgamento da lide penal ou produzir um juízo prévio de censurabilidade a partir do reconhecimento da culpa pelo investigado, circunstâncias somente possíveis em meio a um processo regularmente instaurado.

⁸ BONFIM, Edilson Mougenout. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

O Acordo de Não Persecução se estrutura de modo a indicar um caso em que o órgão de acusação não vislumbra uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir, pelo que se insere como instituto desatrelado da reserva legal prevista na Constituição da República para edição de leis federais. A criação de um estratégico programa de sistematicidade de política criminal, notadamente no tocante a uma hipótese de ausência de interesse de agir, pautada em critérios decisórios bem ordenados é um grande mérito da resolução 181/2017 que procura enfrentar a inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social.

Ousamos afirmar que o Acordo de Não Persecução traz para o plano da oficialidade situações que, doravante, recebem tratamento de proposital desatenção do sistema de justiça, marcados por uma atuação penalmente questionável, visto que os delitos por ele alcançados, inexoravelmente, são dragados por altos índices de cifra negra, pela prescrição, ou implicam, ao final, em medidas alternativas à prisão que, à guisa de uma sistematização mais uniforme, são aplicadas de maneira absolutamente distintas de uma comarca para outra. O sistema jurídico atual é marcado por aquilo que Calsamiglia chama de desacordo valorativo institucional que situa o problema não propriamente no texto jurídico, mas no procedimento adotado por cada uma das instituições, pautados em critérios institucionais distintos entre si.⁹ Isso acontece porque cada uma das normas em que se embasam as instituições públicas pode, dado o desacordo ideológico e finalístico entre elas, traduzir objetivos diferentes a serem alcançados pelo Estado. A posição assumida por cada entidade participante do processo decisório que interpreta e aplica essas normas molda e direciona o modo de pensar sobre os mesmos institutos jurídicos, o que produz uma diversidade de atuação estatal em casos semelhantes entre si.

A solução para combater esse isolamento passa pelo desenvolvimento de critérios bem ordenados, capazes de produzir soluções controláveis de resolução deste tipo de conflito, que devem ser pautadas pela racionalidade comum à governança gerencial e pela premissa de que as diferenças entre instituições devem ser superadas pelo conteúdo social expresso pelas normas jurídicas da Constituição.¹⁰ Essa racionalidade deve ser sagaz e suficiente para discernir prioridades das políticas constitucionalizadas.

É por isso que a fase pré-processual, que não é alcançada pela reserva legal prevista na norma do art. 22, I, da Constituição Federal, é constitucional e adequadamente regulamentada pela resolução 181/2017, sendo o Acordo de Não Persecução um importante instrumento que sistematiza parcela de um plano de sistematicidade capaz de emprestar uniformidade, ao menos no plano do Ministério Público, acerca de uma hipótese de falta de condições para ser deduzida uma ação penal. Na verdade, a fase pré-processual é realizada em meio a um procedimento administrativo, o qual não é regrado por lei federal ante a óbvia impraticabilidade disso. Por isso já reconheceu o Supremo Tribunal:

⁹ CALSAMIGLIA, Albert. *Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación*. In: *Anuário de filosofia del derecho*, ISSN 0518-0872, n° 13-14, 1997, p. 499.

¹⁰ *Idem*.

A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal. (Supremo Tribunal Federal – ADI 2886, Rel. Eros Grau. Rel. p/ acórdão: Joaquim Barbosa. Pleno. j. em 03/04/2014).

Não são poucos os exemplos de procedimentos administrativos regulamentados por normas infralegais, tendência que atende a quadra do direito contemporâneo, marcado pela concepção da regulação administrativa, fruto da crise da legalidade estrita a seguir explicada.

4. Crise da legalidade estrita e uso corriqueiro de normas infralegais no âmbito da segurança pública contemporânea

A resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público insere-se em um movimento de ajuntamento e complementação normativa, típico do direito contemporâneo, que se vale cada vez mais de normas infralegais e outras fontes normativas como suporte capaz de emprestar-lhe elasticidade conceitual exigível da disruptiva sociedade atual. A complexidade da vida, movida pela interação entre uma massa crescente de pessoas com interesses multidirecionais, produz novas condutas, conflitos e dilemas sociais que as ciências sociais não são capazes de aplacar de modo tradicional. A velocidade com que os negócios são celebrados e desfeitos, a rapidez com que os ilícitos surgem e a maneira como a vida moderna lida com a tecnologia demandam o natural reajuste do sistema de controle desses fenômenos. Em compensação, a vida contemporânea criou para a sociedade riscos antes inexistentes, que expõem o gênero humano a situações de perigo ao convívio virtuoso ou mesmo à existência da vida. Assim, para produção de alimentos em quantidade suficiente para saciar uma população crescente, admite-se o uso de defensivos agrícolas cada vez mais nocivos à saúde humana. Não se cogita o abandono do conforto proporcionado pelo deslocamento veicular, muito embora, disso decorra um trânsito capaz de matar mais do que muitas guerras. O progresso material e industrial, que produz índices crescentes de poluição, mesmo colocando o planeta sob o risco de uma catástrofe climática e que, ao final, pode atingir a própria espécie humana, continua a galopar na mesma direção e com aspirações cada vez maiores.

Em suma, a sociedade contemporânea convive com riscos e perigos de forma clara, atual e potencial, mas deseja, paradoxalmente, continuar com eles convivendo. O objetivo então é tão somente minimizá-los a índices aceitáveis. Inúmeros são os exemplos de condutas que geram riscos à sociedade moderna, das mais elementares às mais complexas, tema desenvolvido originalmente pelo autor alemão Ulrich Beck

(2011) que demonstra, de um lado, que vivemos em meio a riscos de proporções globais e letais e, de outro, que a reflexividade leva à tomada de medidas pretensamente controladora dos riscos toleráveis. Essa nova maneira de conviver impactou diretamente no direito, que, como instrumento de controle social, também foi capturado e utilizado com esta finalidade.

Toda a moldagem da política de segurança pública também experimentou alterações significativas na vida contemporânea que, premida pela necessidade de tutelar bens jurídicos transindividuais, com resposta aos novos comportamentos perigosos, ainda que tolerados em determinados limites, produziu o intercruzamento e o aumento de diálogo de diferentes fontes normativas entre si, o que frutificou no aumento no uso de normas infralegais acessórias para a definição de objetivos de determinada política pública. Dada a imprecisão dos limites científicos desses perigos, situação que leva a dificuldade de diferenciação entre riscos permitidos e riscos proibidos, torna-se razoavelmente difícil descrevê-los, taxativamente, nos tipos legais, naquilo que se convencionou denominar crise da legalidade estrita. Por isso, o direito penal, por exemplo, passa a se valer, cada vez mais, de tipos abertos, de elementos normativos do tipo e de normas em branco, consagrando o que se convencionou denominar de técnica de reenvio. Explica-se: levada às últimas consequências, a taxatividade, para além de uma inegável garantia básica do direito penal, dada a dinâmica com que os comportamentos delituosos são criados freneticamente na contemporaneidade, não deve obstar a proteção a determinados bens jurídicos, razão pela qual, o recurso a essas novas fórmulas redacionais é recorrente no direito de hoje.

Para ficarmos com um caso, tenha-se em mente o crime de dispensa indevida de licitações previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993. Trata-se de tipo penal que criminaliza a dispensa de licitação fora dos limites legais previstos nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/1993, art. 5º, §3º, da Lei nº 10.973/2004 e art. 29 da Lei nº 13.303/2016. Os limites que autorizam a dispensa da licitação são fixados em outra norma legal, mais precisamente por meio de decreto federal, de modo a facilitar a correção monetária desses limites sem que a norma penal reste inutilizada pelo simples transcurso do tempo e a ação da inflação. Isso facilita a atuação do legislador penal, que não tem a rapidez necessária para, a todo momento, ser acionado para atualizar os limites entre a dispensa lícita e ilícita. Essa prática não é nociva. Como anotado por Greco, a utilização de conceitos valorativos, típicos do funcionalismo penal, não são menos seguros ao Estado de direito:

(...) sequer conceitos ontológicos (por ex., finalidade; domínio do fato) possuem a univocidade que seus defensores lhes atribuem. Em segundo lugar, uma vez admitido que a tarefa do direito não está em descrever a realidade, mas em realizar valores, tais como a dignidade humana e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, a utilização de conceitos valorados se torna

inevitável. Cumpre, isso sim, concretizá-los, tornando-os mais seguros e precisos, através do exame da matéria jurídica¹¹.

A complementação de normas previstas em diferentes marcos legais busca assegurar uma coerente unidade de condutas indesejadas pelo legislador, superando a possível antinomia ou anomia que a edição de uma lei possa causar, por mais específica que seja. É comum verificarmos a função de suporte acessório prestado por normas administrativas e infralegais ao direito penal, fornecendo referências jurídicas à sociedade atual. Citem-se como exemplos extremos de maleabilidade típica que se vale da técnica de reenvio os artigos 359-A do CP¹² ou 166 do CPM¹³ que dispõem, textualmente, sobre condutas típicas cuja descrição é reportada pela edição de resoluções.

De modo similar à Resolução 181/2017 do CNMP, vigoram outras normas que de algum modo regulamentam atos pré-processuais administrativos. Como já destacamos em outra oportunidade:

Podemos citar outros exemplos de atos infralegais que manifestam legítimas valorações de políticas criminais editados por outros importantes atores, todos vigentes e reconhecidamente produtores de bons resultados institucionais:

I) o protagonismo do CNJ, que regulamentou, por meio da Resolução nº 213, as audiências de custódia;

II) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para se autorizar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (ADCs 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância (HC nº 84.412-0/SP);

III) os chamados procedimentos da Verificação Preliminar de Informação (VPI), utilizados pela polícia judiciária, destinados à verificação da procedência das informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada,

¹¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal", de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. Nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p. 18.

¹² Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I - com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em *resolução do Senado Federal*; (...).

¹³ Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer *resolução do Governo*:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

por exemplo, o Departamento da Polícia Federal pela Instrução Normativa nº 01/1992;

IV) baseado na celeridade e eficiência, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio de portaria, implantou o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo. (CUNHA. SOUZA, 2018).

Há inúmeras outras medidas infralegais que se prestam a moldurar algumas atitudes dos órgãos públicos em vistas da segurança pública, como a Resolução nº 461/2018, editada pela Agência Nacional de Aviação - ANAC, que regulamenta o processo de autorização, feito pela Polícia Federal, relativo ao embarque em aeronaves por agentes públicos armados, que somente será possível se comprovarem: estar realizando atividades específicas como escolta de autoridade, testemunha ou passageiro custodiado; execução de técnica de vigilância (investigação); ou deslocamentos em que precisem estar armados para cumprir, logo ao desembarcar, missão para a qual foram convocados. Trata-se de regulamentação que, em certa medida, restringe o direito daqueles que têm o porte funcional, o que tem implicações jurídicas e práticas bastantes controversas.

Recorde-se da modelagem feita por meio da Resolução nº 2.173/2017 do Conselho Federal de Medicina que define os critérios clínicos e tecnológicos para a comprovação da morte encefálica, apta a autorizar a remoção e transplante de órgãos. Trata-se de norma infralegal de reflexos jurídicos significativos, sobre direitos fundamentais e sobre a política pública de segurança pública.

O que se pretende deixar assentado nessa seção é que a regulamentação feita acerca do Acordo de Não Persecução deve ser vista como uma arrumação estrutural administrativa da fase pré-processual, como tantas outras realizadas por outras instituições, típicas da regulação administrativa em que se insere a atuação estatal de modo a promover uma filtragem sobre automatismos improdutivos e dar vazão as demandas da sociedade complexa da atualidade.

5. O princípio da juridicidade como fórmula para regulamentar o princípio da obrigatoriedade da ação penal

A regulação administrativa, como a operada pela Resolução 181/2017 e propugnada pelo Acordo de Não Persecução, deve ser entendida como uma intervenção indireta do Estado-administração (Ministério Público), que visa implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas, formatadas a partir de prioridades cogentes, em vista da realidade atual e na melhor tutela e eficácia dos direitos fundamentais.¹⁴

¹⁴ A ideia de regulação administrativa é bem desenvolvida por Juarez Freitas, tendo seu conceito servido para a estruturação da nossa proposição. Confira-se o que afirmou o autor: "A regulação administrativa sustentável será aqui entendida como a intervenção indireta do Estado-administração, que visa a implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção de falhas

A teoria da regulação ganhou fôlego nos últimos anos porque, além de inserir-se no fenômeno analisado na seção anterior, relativo à crise da legalidade estrita, é capaz de emprestar aos campos de atuação institucional, com a máxima neutralidade possível, os comportamentos pretendidos dos agentes estatais a serem alcançados por meio de padrões de condutas transparentes e democráticos, de molde a orientar e enfrentar falhas e desacordos decisórios em torno de um objetivo estrategicamente programado. Uma regulação deste molde emancipa, torna a atuação institucional amplamente propositiva e rompe com modelos exclusivamente reativos, reducionistas e imediatistas.

A atual regulação administrativa dá-se no ambiente da crise da legalidade, o que nos conduz à análise sobre os limites impostos a esse modelo de atuação, bem traçados pela doutrina especializada em três fórmulas:¹⁵ a) não contradição: os atos regulamentares não podem contrariar normas legais e, assim, a administração pública não pode agir quando impedida por força de uma norma legal; b) habilitação legal: o ato regulamentar só pode ser editado, o que equivale a permitir que a administração aja, desde que haja norma legal formal autorizativa; c) relação de conteúdo: os atos regulamentares e da administração são regulares e válidos se realizam concretamente uma norma legal.

Em tempos de pós-positivismo e dada a imprecisão que as três fórmulas apresentam, ainda que haja uma preponderância do critério da habilitação legal pela doutrina brasileira¹⁶, a regulação administrativa encontra no princípio da juridicidade sua baliza mais adequada porque leva em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico, concretizando a revalorização do aspecto substancial do direito:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”. (ROCHA, 1994, p. 79)

A regulamentação operada pelo Acordo de Não Persecução encontra-se nessa quadra de ideias. Decorre de comando constitucional contido no art. 130-A, §2º, I, da Constituição Federal, que expressa a formal possibilidade de serem editados atos regulamentares pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Mas não só. A gama de

de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a melhor tutelar a eficácia dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras” (FREITAS, 2015, p. 118).

¹⁵ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. v. 1. Paris: LGDJ, 1982, p. 464.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145-146.

funções do Ministério Público brasileiro, previstas ao longo do rol do art. 129, expressa o conteúdo material e substancial do esquema legal traçado para instituição e que podem/devem estar contidos nos atos regulamentares que estabelecem seu programa político.

A superação do apego formal ao texto frio da lei que o princípio da juridicidade provoca coloca uma pá de cal na discussão acerca do cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal que não pode mais ser lido como uma atuação robotizada de oferecimento de uma denúncia criminal em um caso de média gravidade em que investigado e vítima já se acertaram patrimonialmente e as prestações sociais oferecidas pelo autor da infração são, senão melhores, equivalentes àquelas que a hipotética decisão judicial o obrigaria a realizar. A celebração do acordo, nesses casos produz efeitos sociais tão ou mais significativos do que aqueles pretendidos pelas sanções penais. Efetivamente há exercício da tutela penal sobre os bens jurídicos contidos nestes delitos, o que deve ser interpretado como uma atuação institucional mais eficaz e racional que a mera propositura de uma demanda penal. Disso resulta a falta de interesse de agir para a provocação da atividade jurisdicional. A realização da pretensão estatal de forma extrapenal, como identifica Suxberger, guarda consentaneidade com o exercício de uma política criminal minimamente responsável e preocupada com as finalidades próprias do Estado de Direito:

O Ministério Público, portanto, quando celebra o acordo de não persecução penal está longe de “perdoar” o investigado ou mesmo de manejar o *jus puniendi* estatal, pois este deriva inafastavelmente de manifestação jurisdicional. Não há, pois, extinção de punibilidade em acordo de não persecução penal. Nem se poderia disso falar, pois, afinal, não houve exercício do direito de ação. O ponto aqui é outro: não há razão de provocação da tutela jurisdicional, enquanto garantia constitucional, porque o direito por ela veiculado já restou sobejamente atendido por via alternativa e despenalizante¹⁷.

A regulamentação em que se incorpora o acordo de não persecução guarda compatibilidade com o princípio da juridicidade porque, efetivamente, mantém conformidade substancial com os objetivos constitucionais do Ministério Público, servindo ainda de instrumento inserido em um estratégico programa de sistematicidade de política criminal, pautado em critérios decisórios bem ordenados que procuram enfrentar, com realismo, o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade.

¹⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *O Acordo De Não Persecução Penal: Reflexão A Partir Da Inafastabilidade Da Tutela Jurisdicional*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARRROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 111.

6. Acordo de Não Persecução como manifestação de uma política criminal funcionalista

Para uma boa compreensão do Acordo de não persecução deve-se ter em mira uma abordagem principalmente funcionalista do direito e não estruturalista, que, como afirma Bobbio, é o viés muitas vezes privilegiado no estudo à teoria geral do direito, preocupado muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”.¹⁸ A concepção funcionalista afigura-se apta a produzir mecanismos racionais para guiar as decisões a partir de suas consequências práticas em planos de sistematicidade pragmaticamente orientados à função instrumental e social do direito.

A análise do direito a partir de suas consequências o direcionou para uma teoria fundamentalmente funcionalista, calcada em uma metodologia estrategicamente voltada à harmonia social. Esse modo de ver o direito acometeu, atualmente, direito penal, o qual, desde a ascensão e desenvolvimento do funcionalismo penal, é pautado por vetores axiológicos contidos na política criminal. Para Greco, direito penal e política criminal estão integrados e trabalham juntos, de modo a transferir valorações político-criminais para o modo de vigência jurídica.¹⁹ O papel de uma política criminal é, a partir dos estudos da determinação do crime, elaborar estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, sejam vítimas identificadas, sejam danos sociais, sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado pela norma penal. A política criminal, segundo Dias, tem a função de:

Servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.²⁰

No quadro acima explorado de crise de legalidade e de irrecusável inflação de leis, penais ou não, fruto do expansionismo legiferante, inclusive do direito penal, o pensamento consequencialista habilita-se como um importante ponto de partida interpretativo.²¹ O direito voltado às consequências orienta seus procedimentos à persecução do ilícito, como concepção que deve servir de vetor axiológico e fornecer uma rota bussolar, seja para prevenir, reprimir ou tratar as suas consequências. Na

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 52.

¹⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. Nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p. 8.

²⁰ DIAS, J. de F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 42.

²¹ No Direito Penal, por exemplo, Claus Roxin indica que a ideia da pena orientada aos fins já se deixava antever em Listz, notadamente na publicação do Projeto Alternativo (1998, p. 63).

lição de Conde “A dogmática voltada às consequências não significa que o legislador, a justiça penal e o sistema de execução penal visam apenas perseguir o ilícito penal e retribuir a culpa do autor, mas também alcançar a meta de melhorar a delinquência e reduzir, em geral, a criminalidade”²².

É certo que Hassemer destaca que o enfoque voltado para as consequências sofreu alterações ao longo da história do direito penal, pelo movimento funcional, de modo que passou a servir como fundamento para a criminalização de todo e qualquer bem jurídico merecedor de proteção. De limite e garantia do Estado de Direito²³, a perspectiva funcional alçou o direito penal voltado às consequências a um mecanismo para justificar a sua expansão despropositada frente às inúmeras mudanças sociais do mundo moderno²⁴.

Seja como for, a perspectiva de atender às expectativas legítimas dos cidadãos por meio de um direito penal socialmente funcionalista implica a necessidade de concepção de uma política criminal voltada para respostas efetivas no enfrentamento ao crime, ao sentimento social de impunidade que, se não bem enfrentado, leva à perda, a prazo, da eficácia da própria ordem jurídica. Como destaca Binder:

Constitui uma das tarefas mais importantes do presente construir o método que nos permita desenhar, executar e controlar a política criminal dentro do conjunto valorativo do sistema democrático submetido ao Estado de Direito, com maior rigor, menor conteúdo emocional e amplo debate público. Eficácia não significa aumentar o conteúdo violento do poder punitivo, muito pelo contrário. Eficácia significa ter a capacidade de contribuir para o controle da criminalidade com o menor conteúdo de violência possível. Isso constitui o núcleo das exigências político-criminais do processo penal de nosso tempo e um de suas tarefas mais urgentes²⁵.

O desenvolvimento de tecnologias aptas a produzir novos resultados antes ignorados, em meio ao ordenamento jurídico vigente, se insere no protagonismo decorrente do crescimento da política criminal na atual quadra da história do direito penal. Um bom exemplo disso é a utilização da chamada política criminal de prisões curtas, conhecida como *short-sharp-shock* em que a aposta no efeito da exemplaridade,

²² MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 230-244.

²³ A exigência de um sistema de justiça (criminal) mais eficiente decorre, implicitamente, segundo Schünemman, do princípio do estado de direito (2013, p. 51).

²⁴ HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. *Revista de Informação Legislativa*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, nº 118, abril-junho 1993, p. 281.

²⁵ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 206.

sobretudo em delitos de trânsito, é capaz de inibir com mais eficácia a prática desses crimes, sem os males do encarceramento prolongado.

O Acordo de não persecução penal é uma legítima manifestação de política criminal funcionalista na medida em que concebido dentro daquilo que Schünemann denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal²⁶. A definição de situações e pressupostos de atuação institucional, por meio de uma norma infralegal, equivale à legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin²⁷. Em razão de tipo de valoração, segundo o próprio Roxin “É possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consentimento entre o acusado e a Promotoria”.²⁸

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas. Semelhante recorte é efetuado, anualmente, pela edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por meio de decreto do Presidente da República e implicam a extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos por aquela autoridade, lembrando que, atualmente, o instituto abarca quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). Aquela liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de uma política criminal entregue ao Presidente da República, o que nos remete à conclusão de que decisões sobre a punição penal são, já há algum tempo, permeadas por valorações extrajurídicas.

A racionalidade do direito voltado às consequências (funcionalismo jurídico) conduz a uma orientação pragmática capaz de produzir planos de sistematicidade e de eficácia, calcada em uma metodologia estrategicamente voltada a harmonia social. O acordo de não persecução penal é regulação de política criminal pretendida pelo titular da tutela penal, que emancipa a atuação institucional para um modelo propositivo e que rompe com a vetusta atuação exclusivamente reativa.

7. Implementação das Regras de Tóquio

Em tempos de globalização normativa, verificamos uma fina sintonia do acordo de não persecução com compromissos internacionais que podem servir como vetores axiológicos para uma homogênea política mundial. No contexto de uma economia multipolarizada e de uma sociedade que se comunica em tempo real

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 79.

²⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002, p. 49.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 100.

com qualquer parte do mundo, a internacionalização do direito, inclusive no que se refere ao enfrentamento ao crime, é uma tendência inevitável.

Neste particular, cumpre observar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, editou as conhecidas Regras de Tóquio²⁹, oportunidade em que assentou a necessidade de implementação de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo, consoante dispõe o item 5.1. da referida Resolução:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.³⁰

Vladimir Aras nos informa que as Regras de Tóquio foram preparadas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (UNAFEI, na sigla em inglês), classificando-as como normas de *soft law* que incentivaram a adoção de penas alternativas em vários países do mundo, inclusive no Brasil, o que se refletiu na Lei nº 9.714/1998, que alterou as penas restritivas de direitos do Código Penal brasileiro³¹.

O caráter modelar dessa resolução é bem compreendido por Jesus, que já afirmava:

As Regras de Tóquio destacam a necessidade de se elaborar novas medidas inovadoras em resposta à variação das condições do sistema de Justiça Penal. O planejamento e a implementação de medidas não privativas de liberdade não devem ser considerados unicamente uma questão de Justiça Penal ou, mais limitadamente, uma resposta a um problema delinquencial imediato³².

²⁹ Que não se confunde com a Convenção de Tóquio, que cuida das infrações praticadas a bordo de aeronaves, aprovada pelo Decreto 479/69.

³⁰ Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

³¹ ARAS, Vladimir. *Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 326.

³² JESUS. Damásio E. de. *Temas de Direito Criminal*. 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 203.

Aptidão convergente da norma internacional, capaz de moldar a adoção do instituto negocial no Brasil é bem vislumbrada por Aras, que faz a seguinte colocação:

Por que as Regras de Tóquio nos interessam? Porque tais diretrizes não têm apenas cunho penal, como se pode imaginar à primeira vista. Há um inescondível enfoque processual penal, que as correlaciona com as chamadas saídas abreviadas e o princípio da oportunidade (*prosecutorial discretion*) na perspectiva da evitação não só do cárcere mas também do próprio processo penal.³³

O status normativo das regras de Tóquio é de Resolução, o mesmo, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, embora não seja formalmente um tratado ou acordo que crie obrigações legais, tem seu valor e importância porque constitui a maioria dos princípios do chamado direito internacional costumeiro e, em razão disso, é considerado norma cogente de direito internacional geral.³⁴

8. O papel da confissão e a inexistência de *plea bargaining* – efetivo exercício da persecução penal

Importa deixar claro o papel da confissão formal e circunstancial do investigado, requisito para a celebração do acordo de não persecução (*caput* do art. 18 da Resolução 181/2017). Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo seja celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indique ter sido a autora da infração penal. A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: a) impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou converjam para sua participação no delito; b) produz, no confitente, um novo *mindset* de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que, para corrigir um erro, é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do Acordo de não persecução.

A previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução tem feição protetiva ao investigado, pois busca assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido.

³³ ARAS, Vladimir. *Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 326.

³⁴ CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 29-30.

A resolução prevê a necessidade de que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do crime. A formalidade da confissão é assegurar mediante o cumprimento do §2º do art. 18 da Resolução que prevê que “A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor”.

A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham uma coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas do procedimento que deve ser aferida a validade da confissão. Confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc., devem ser refutadas para a celebração do acordo. Isso implica dizer que o acordo de não persecução é um instrumento de efetivação e otimização da tutela penal, jamais um instrumento de banalização do sistema de justiça. Evita-se desse modo, a chamada confissão estruturalmente induzida “que ocorre quando o arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento”.³⁵ No acordo de não persecução, a confissão estruturalmente induzida é evitada porque a *opinio delicti* do Ministério Público para a propositura da ação penal deverá estar previamente formada antes da propositura do acordo. Essa providência evita ainda um possível excesso de acusação, fruto do chamado *overcharging* ou do *bluffing*. Segundo Cabral, o *overcharging* (excesso de acusação) pode ser vertical, que ocorre quando é feita uma acusação mais grave do que os elementos de informação autorizam, v.g. imputação de furto qualificado, quando as informações indicam tratar-se de furto simples ou horizontal, aquela em que é incluída a imputação de fatos adicionais que não defluem dos elementos de informação, v.g. denúncia por furto e receptação, quando há elementos apenas para a receptação. Já o *bluffing* ocorre quando a acusação informa ao investigado que tem mais elementos de informação para realizar a acusação do que efetivamente tem.³⁶

De outro lado, a confissão obtida para a celebração do acordo de não persecução não enseja assunção de culpa, e, por isso, não pode ensejar julgamento antecipado do caso. Também não há de se falar em extinção da punibilidade ou qualquer produção de feitos sobre o *jus puniendi* estatal, razão pela qual não pode o acordo de não persecução ser confundido com o instituto conhecido como *plea bargaining*, que, segundo Albergaria, é:

³⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina. 2007, p. 21.

³⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil?* In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 370.

A negociação entre arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).³⁷

A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no *plea bargaining*, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração. A confissão aqui tratada é retratável e, mesmo depois de iniciada eventualmente uma ação penal, não leva, por si só, à condenação, até porque, à luz do art. 155 do CPP, foi colhida na fase inquisitiva. De outro lado, cumprido o acordo, a confissão exaure-se em si mesma, visto que o procedimento será arquivado.

Exatamente porque a confissão serve apenas para depuração dos elementos indiciários, inservíveis por si só, para formação da convicção do juiz (CPP, art. 155) e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado é que não se identifica violação ao princípio da presunção de estado de inocência (CF, art. 5º, LVII). Repita-se, os elementos indiciários aptos à formação da *opinio delicti* do Ministério Público devem convergir para a pessoa do investigado, independentemente de sua confissão. Por fim, não há sentença penal condenatória, além do que as condições fixadas no acordo não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual, também sob esta perspectiva, não há violação ao princípio constitucional acima.

9. Vantagens pragmáticas do Acordo de Não Persecução Penal

Tradicionalmente o direito é estruturado de forma a sancionar os atos ilícitos e, deste modo, atingir dois objetivos que atendam a solução dos conflitos: inibir a repetição destas condutas indesejadas e punir seus autores como meio de compensação jurídica pelo ato violador da ordem legal. Há muito, porém, que o direito deixou de manter-se apenas com este tipo de conformação estrutural e finalidade. A ciência jurídica também comporta conformações que buscam evitar os atos ilícitos ou mesmo removê-los sem sancionamento em sentido estrito, naquilo que se convencionou chamar de justiça negocial, fruto da onda atual da justiça consensual, baseada na autonomia da vontade, na eficiência, na lealdade e na boa-fé objetiva. São institutos que propiciam a obtenção de um resultado adequado da tutela jurídica, jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), seja judicial, seja extrajudicial. O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, deu ensejo à multiplicação de instrumentos negociais que, a um só

³⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina. 2007, p. 20.

tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social.

Os objetivos eficientistas e pragmáticos do direito fizeram brotar, no Brasil, de forma ainda que parcial, o debate acerca do uso do sistema de justiça negocial, que vem se expandindo em todo mundo como sua expressão máxima. O uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos demonstrou que este sistema é mais útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna.³⁸ A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirma essa tendência mundial.

A complexidade da vida contemporânea e a massificação dos conflitos, inegavelmente, produziram um aumento significativo nos conflitos sociais, o que levou à necessidade de o sistema de justiça adotar mecanismos aptos a compor a paz de forma célere. Os defensores deste sistema apoiam-se na incapacidade do congestionado sistema de justiça tradicional de responder, tempestiva e corretamente, todos os casos que lhe são levados, vertiginosamente aumentados pela inflação legislativa e pelo aumento de demandas fruto da sociedade de massa. A demora para os julgamentos dos conflitos cria mais desajustes sociais, produz impunidade e desacredita as instâncias de controle. Além disso, a participação do acusado no processo decisório final reduz a resistência no seu cumprimento. Por isso levam uma vantagem argumentativa. Hassemer realiza essa discussão no plano da legalidade e da oportunidade, consignando que a opção por este princípio tem mais chances de sucesso:

Em uma simplificação similar, o princípio da legalidade pode ser coordenado às teorias penais absolutas, e o princípio da oportunidade, aos objetivos relativos da pena. O princípio da legalidade responde, nesse ponto de vista, pelo automatismo, pela regularidade e pela retribuição justa do ilícito, já o princípio da oportunidade responde pela ponderação nos casos individuais, pelo prestígio das respectivas particularidades e pela consideração inteligente das consequências. Por isso, o princípio da legalidade também nos aparenta como “clássico”, e o princípio da oportunidade como “moderno”, e, por isso, o princípio da oportunidade tem, nos tempos atuais de um direito penal orientado pelas consequências,

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

mais chances de êxito; ele pode monopolizá-lo, transpor em cálculos os custos da administração do direito penal e conformar o direito penal em uma resposta flexível aos respectivos casos conflituosos que se alternam rapidamente, como também às situações de riscos.³⁹

A reinvenção de sistemas jurídicos frente às novas conformações sociais ocorreu, exemplificativamente, no desenvolvimento de todo um novo microsistema processual destinado à tutela dos interesses difusos e coletivos como meio de (1) tutelar essa nova categoria de direito e (2) promover a molecularização dos conflitos e evitar o ajuizamento de inúmeras ações semelhantes, situação improdutiva que congestionava o sistema de justiça atual.

Um sistema de justiça negocial habilita-se, hodiernamente, de um modo geral, como mais racional na medida em que possibilita dar respostas rápidas aos conflitos sociais, sobretudo em casos de menor gravidade como os abarcados pelo Acordo de Não Persecução no Brasil. Ao permitir a negociação da sanção entre acusado e agente estatal em troca de resultados socialmente úteis, o Acordo de Não Persecução realiza no direito brasileiro conceitos de justiça restaurativa e negocial, com inspiração, ainda que indireta, no pragmatismo jurídico, calcado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, no abreviamento do tempo para a solução do conflito e atendimento de um cálculo de utilidade social.

Sob o ponto de vista do cumprimento das condições de interesse social impostas aos investigados, também é possível verificar facilmente as inúmeras vantagens pragmáticas decorrentes da celebração do acordo de não persecução. Sob o ponto de vista do investigado, ainda que fixada uma condição sucessiva no tempo, como uma prestação de serviço à comunidade, a demora ordinária que o processo criminal consome em média no Brasil já lhe indica ser mais produtivo optar pelo ajuste. Sob o ponto de vista institucional, não há qualquer empecilho para que esse tipo de condição (prestação de serviços à comunidade) seja operacionalizado pelos órgãos estaduais competentes para implementação das medidas alternativas, que atuam em casos de encaminhamentos diretos feitos Ministério Público, independentemente de sentença ou guia de execução.

Atende-se a economia processual e preservação do prestígio da justiça criminal mediante obtenção de resultados máximos na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, dando-se primazia em movimentar a máquina jurisdicional com processos graves. O resultado útil advindo desses concomitantes sistemas de proteção é, inegavelmente, otimizado pela adoção do sistema de justiça negocial, visto que pressupõem o atingimento dos melhores resultados políticos e estatais possíveis, que desemboca numa proteção otimizada dos interesses.

³⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 60-61.

10. Conclusão

O recorte temático proporcionado pelo Acordo de não persecução é uma lúcida resposta de índole político-criminal dada à sabida impossibilidade estrutural do sistema de justiça criminal dar cabo a toda a demanda que nele desemboca atualmente, quadro ideal, mas impraticável dada a finitude dos recursos demandados pela realidade brasileira. Prosseguir com uma atuação irracionalmente abrangente e sem resultados efetivos, notadamente nesses casos, faz lembrar a famosa metáfora da *tragédia dos comuns* que ilustra bem que o livre acesso e demanda irrestrita a um recurso finito termina por condená-lo, estruturalmente, ao esgotamento. Ao tentar dar respostas tradicionais a todos os crimes que são captados pelo sistema de justiça criminal, mesmo tendo consciência de que não há capacidade para dar uma tempestiva solução adequada a todos, investe-se em uma autêntica autossabotagem por estrangulamento.

O acordo de não persecução representa uma mudança de paradigma porque altera concepções sobre o modo como é possível solucionar um conflito e, como uma nova “tecnologia”, molda arranjos institucionais de modo a estabelecer metas, institucionalizar, instrumentalizar e vocalizar a política pública de enfrentamento a criminalidade. Não há a menor dúvida de que o acordo representa evidentes vantagens e constitui-se em um instrumento de otimização do sistema de justiça criminal brasileiro, apto a implementar uma mudança na segurança pública brasileira e assegurar uma melhor proteção à ordem jurídica, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, particular ou público.

Referências

- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAS, Vladimir. Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougénout. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil?* In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALSAMIGLIA, Albert. *Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación*. In: *Anuário de filosofia del derecho*, ISSN 0518-0872, n° 13-14, 1997, p. 485-507.

CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (Org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee do Ó. *A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal*. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/> Acesso em 29 out. 2018.

DIAS, J. de F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. v. 1. Paris: LGDJ, 1982.

FREITAS, Juarez. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. N° 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. *Revista de Informação Legislativa*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, n° 118, abril-junho 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Temas de Direito Criminal*, 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo De Não Persecução Penal: Reflexão A Partir Da Inafastabilidade Da Tutela Jurisdicional. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Princípio da igualdade e nomeações de familiares¹

Jorge Miranda*

Nenhuma lei – aliás, de muito duvidosa constitucionalidade – conseguiria substituir-se à consciência de cidadania ativa e à ética republicana.

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendências, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Assim prescreve o artigo 13º da Constituição.

É um princípio que abrange quaisquer direitos e que implica, simultaneamente, um direito dos próprios cidadãos e um dever de respeito daqueles com quem estejam em relação, sejam entidades públicas, sejam particulares.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência – quer dizer, em razão de laços familiares – portanto, de casamento, parentesco, afinidade ou situação homóloga.

3. Tudo isto se aplica a todos os cargos e categorias de carácter administrativo, económico, social e cultural. Desde logo, no acesso à função pública, na carreira, nas promoções, no vencimento, na aposentação. Tal como se aplica, com as adequadas adaptações, aos empregos privados, à luz da vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, consoante o artigo 18º.

4. E quanto aos cargos políticos e de confiança política necessariamente transitórios em face dos resultados das eleições periódicas próprias da democracia representativa?

Aqui, pela natureza das coisas, o princípio tem de ser modulado por critérios também políticos. Critérios políticos, justamente por isso, sempre discutíveis dentro do pluralismo de opiniões e de posições em contraditório livre.

Critérios políticos e decisões políticas, porém, sujeitos à responsabilidade política. Responsabilidade difusa dos titulares de órgãos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais perante os cidadãos em geral, através da crítica e

¹ Artigo publicado no Jornal “Público”, Caderno “Atualidade”, Seção “Opinião”, em 20 de abril de 2019. Disponível em: <www.publico.pt>.

* Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

do voto. Responsabilidade institucional, através do controlo recíproco desses órgãos em separação e interdependência.

5. Não são de ignorar, como a história e as vicissitudes atuais mostram, os riscos de nepotismo e de partidarismo. Não se ignora como, tantas vezes, prevalecem eles sobre a preparação dos agentes políticos, a sua capacidade, a sua experiência, a sua dedicação ao bem comum.

Mas nenhuma lei – aliás, de muito duvidosa constitucionalidade nesta área, por lhe faltar base constitucional – conseguiria substituir-se à consciência de cidadania ativa a desenvolver cada vez mais na comunidade e à ética republicana dos agentes políticos. É para uma e para outra que cumpre apelar cada vez mais.

Quando os bons atrapalham...¹

Ives Gandra*

Quanto mais leio as declarações de pessoas que reputo boas e acima de qualquer suspeita sobre determinados temas de interesse nacional, mais fico preocupado com o nível de obstáculos, preconceitos e injustiças que lançam, diariamente, na imprensa, prejudicando o desenvolvimento nacional.

Estou convencido de que, sem atuação destas pessoas, o Brasil já estaria colocado entre as mais desenvolvidas nações do concerto mundial.

Começo com a Amazônia. Quem lê o artigo 231 da Constituição, dedicado aos índios, percebe que o verbo utilizado para garantir as terras indígenas para os índios brasileiros está no presente do indicativo. O artigo menciona “terras que OCUPAM” e não “que OCUPARAM”, até porque, se fossem as terras que “ocuparam”, todo o Brasil seria destinado a eles.

Nada mais natural, portanto, que permanecessem em suas terras e estivessem garantidos nelas.

A mais variada gama de pessoas boas (ambientalistas, antropólogos e outras) entenderam que, não só as terras ocupadas na data da promulgação da Constituição, mas aquelas que ocuparam no passado, há dezenas e centenas de anos, também deveriam ser entregues aos índios, com o que os ínclitos Ministros do STF – exceção feita ao Ministro Marco Aurélio – decidiram atribuir as terras, na época habitadas por “brasileiros não indígenas” aos “índigenas estrangeiros e brasileiros”, desalojando os que lá estavam há tempo considerável. O resultado foi que índios de todos os países fronteiriços, com idênticas etnias, que não tiveram tal “concessão” em seus países, invadiram o Brasil, triplicando sua população.

Com isto, outorgou-se para menos de um milhão de índios o equivalente a 2/3 da Europa Ocidental, ou seja, 15% do território nacional, ficando os outros 85% para os 210 milhões de brasileiros ou residentes.

Com a generosa oferta da Suprema Corte, ao mudar o tempo do verbo colocado pelos constituintes do presente do indicativo para o pretérito perfeito, foi apequenado o artigo 5º, inciso XV, da Lei Maior, que diz que todo o brasileiro tem direito à “livre locomoção no território nacional”, quando, na verdade, livre locomoção tem, apenas, em 85% do território.

¹ Artigo originalmente publicado no periódico “O Estado de São Paulo, Caderno “Opinião” em 19/set./2019.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU) / Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

Outra coisa que me irrita é o dogma de que o tributo representa uma obrigação cívica para ajudar a pátria. No Brasil, não é senão um pesado ônus sobre os contribuintes para sustentar uma burocracia esclerosada, privilégios de toda a sorte que se auto-outorgam os detentores do poder, ao ponto de, nada obstante termos uma arrecadação de 35% do PIB, segundo o Governo, ainda a Federação brasileira precisa pegar dinheiro no mercado para pagar as despesas correntes.

Pressionados pela carga burocrática, os responsáveis pela Receita Federal geram imposições, legais e ilegais, e arquitetam imaginários esquemas de sonegação, hostilizando qualquer planejamento tributário dentro da lei, para conseguir sangrar a iniciativa privada e o sofrido pagador de tributos brasileiro, objetivando a sustentação da esclerosadíssima máquina administrativa. A caótica legislação tributária, em todos os níveis, assim como as fiscalizações predatórias, com autos de infração fantasmagóricos, alicerçam preconceitos contra os contribuintes, vazados em números gigantescos para a imprensa, na busca de seu apoio.

Esta é a razão pela qual, no Brasil, para 200 milhões de habitantes, há 80 milhões de processos judiciais, sendo o Poder Público litigante em 65% dos casos.

O sistema tributário brasileiro e seus agentes, nada obstante boas pessoas, são atravancadores do progresso nacional.

O Ministério Público, por outro lado, também, ao considerar qualquer operação de qualquer natureza suspeita, tem abusado de pedidos de prisões provisórias e preventivas, com o apoio da imprensa, que sempre tem conhecimento prévio dos lugares onde ocorrerão, por vazamentos ilegais jamais investigados.

Apesar de relevante sua função, o Ministério Público não é Poder, sendo uma função essencial, como o é a advocacia, à administração da Justiça.

Por não ser Poder e por não terem uma visão política, econômica e administrativa de exercício do Governo, seus agentes também têm dificultado o progresso nacional, sendo sua luta contra a corrupção, muitas vezes, abusiva.

O mesmo ocorre com as execuções fiscais, em que os magistrados definem a penhora *online* como a primeira opção para a garantia do suposto crédito fiscal e condição para que o contribuinte se oponha a ilegítimas exigências, pisoteando o direito à ampla defesa, garantido pela Constituição. Ao retirar dos contribuintes os recursos para que possam trabalhar, terminam por tornar empresas inviáveis, fulminando empregos e empreendimentos.

As boas pessoas integrantes do Judiciário, Erários Federal, Estaduais e Municipais, Ministério Público, nada obstante bem intencionadas, em face do caótico sistema tributário e da catastrófica legislação regulamentar de todas as atividades brasileiras, têm sido fator de atraso ao desenvolvimento brasileiro.

Como presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio de São Paulo, que congrega 40% do movimento mercantil do Brasil, não poucas vezes, me entristeço quando entro em contato com investidores estrangeiros que nos procuram e desistem, preferindo outros países, ao conhecerem o cipoal das regulamentações

que vigoram no país, o desastroso sistema tributário, o preconceito das autoridades fiscalizadoras com relação às empresas nacionais por parte do Judiciário, Ministério Público, Erários e Procuradorias.

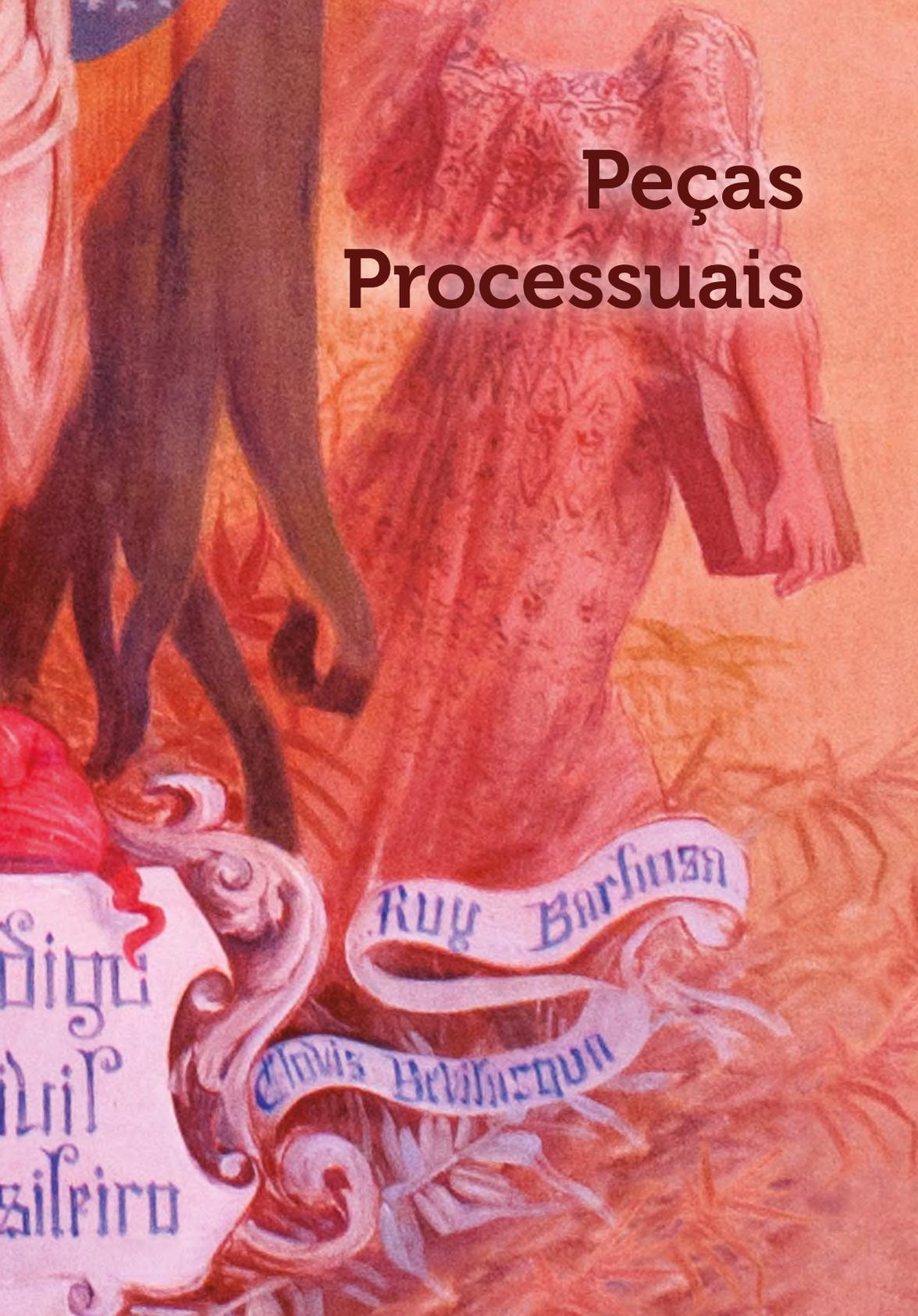
É que, quando os bons atrapalham e o direito é interpretado sem o intuito de servir, mas de punir, com um viés permanentemente favorável aos detentores do poder e não ao cidadão, a injustiça e o retrocesso são os frutos amargos que a nacionalidade colhe.

Enquanto não mudarmos tal perspectiva, de que estas boas pessoas atrapalham, o Brasil, como dizia o saudoso e querido amigo Roberto Campos, não corre nenhum risco de melhorar.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ Nº 2018.00641023

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de Processo Administrativo instaurado a partir do recebimento do Ofício Conjunto nº 436/208, oriundo da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de São João de Meriti e da Promotoria de Justiça de Família de Mesquita, em que solicitam seja avaliada a possibilidade de estabelecer critérios, nos editais de licitação, que priorizem a contratação pelo Ministério Público de sociedades empresárias aderentes ao “Programa Empresa Cidadã”, instituído pela Lei nº 11.770/2008.

Segundo as requerentes, o objetivo de tal providência é a efetivação, no âmbito interno, dos comandos estabelecidos pela Lei nº 13.257/2016, conhecida como “Marco Legal da Primeira Infância”, possibilitando que funcionárias e funcionários terceirizados possam desfrutar dos benefícios do Programa Empresa Cidadã, especificamente no tocante à prorrogação dos períodos de licenças-maternidade e paternidade.

O feito foi instruído com a reportagem de fl. 3, relativa ao apoio à primeira infância como alicerce para o desenvolvimento sustentável.

Considerando a natureza da matéria, os autos foram encaminhados à Secretaria-Geral (fls. 4-5).

Manifestação da douta Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral às fls. 6-8, no sentido do indeferimento do pleito frente à inexistência de legislação específica a autorizar a edição de resolução interna sobre a temática. Afinal, inexistente comando legal semelhante ao art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/1993, que confere tratamento diferenciado a certas sociedades empresárias, como microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, nos processos licitatórios.

Os autos vieram à consideração desta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 13.

II

Conforme se verifica no pedido inicial, buscam as requerentes que, sensível à vigência da Lei nº 13.257/2016 (Marco da Primeira Infância), a Instituição passe a preferir, em suas licitações, sociedades empresárias que desenvolvam suas atividades de modo socialmente sustentável. *In casu*, aquelas inseridas no Programa Empresa Cidadã.

O Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei nº 11.770/2008, foi criado, inicialmente, para prorrogar a licença-maternidade para 180 dias, mediante a concessão de incentivo fiscal às sociedades empresárias nele inscritas. Posteriormente, com a edição da Lei nº 13.257/2016, o Programa, por força do seu art. 38, foi ampliado para prever a prorrogação da licença-paternidade de 5 para 20 dias.

O objetivo do pedido inicial, *“analisar a possibilidade de estabelecer critérios nos editais de licitação que priorizem a contratação de empresas aderentes ao programa empresa cidadã”*, longe de caracterizar predileção indevida no sistema de licitação pública disciplinado pela Lei nº 8.666/1993, tem por finalidade ampliar a rede de atenção e cuidado integral à primeira infância, considerando a família e o seu contexto de vida, em consonância com o “Marco Legal da Primeira Infância”. Nesse caso, a rede de atenção à infância seria também integrada pelo setor empresarial que tem interesse em contratar com o Poder Público, especificamente com o Ministério Público.

Aliás, a responsabilidade social é uma preocupação que não se circunscreve apenas ao poder público enquanto gestor social, atingindo igualmente o setor privado. Nesse particular, vale lembrar a imperiosa adstrição da atividade econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, aos ditames da justiça social, da qual emerge a função social da empresa. Essa adstrição é importante pelo impacto que produz na sociedade em geral e nas comunidades mais necessitadas em particular.

As práticas empresariais que, de forma voluntária, desenvolvem processos comprometidos com preocupações de carácter social e ambiental, em suas atividades e estratégias, de forma a criar um conjunto de valores que envolvam todas as partes interessadas, devem ser prestigiadas.

II. 1 – O PROBLEMA: O ALCANCE DO ART. 3º DA LEI Nº 8.666/1993

A análise a cargo desta Consultoria Jurídica será direcionada à compreensão do alcance da expressão “desenvolvimento nacional sustentável”, expressa no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, preceito este que tem a seguinte redação:

[a] licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nas últimas décadas, a Administração Pública tem se movimentado no sentido de ser mais reguladora que efetivamente atuante na esfera econômica, o que amplia sobremaneira a responsabilidade social das sociedades empresárias.

Uma das ações comumente adotadas é a implantação de políticas de contratação pública que levem em consideração critérios de sustentabilidade, ou seja, critérios fundados no desenvolvimento econômico e social e na conservação do meio ambiente, que não devem ser dissociados da eficiência econômica. Essa é uma das soluções propostas nestes autos, qual seja, a de criar um mecanismo de propagação de ações de cunho social utilizando como instrumento os editais de licitação, de modo a possibilitar, nos termos da Lei nº 13.257/2016, que funcionárias e funcionários terceirizados possam permanecer maior tempo com seus filhos recém-nascidos, de modo a estabelecer um vínculo afetivo mais duradouro e contribuir para o desenvolvimento integral de seu prole.

A temática afeta à expressão desenvolvimento nacional sustentável, no âmbito dos processos de licitação pública, pode ser compreendida a partir de marcos históricos integralizados na sistemática constitucional vigente.

II. 2 – A CONQUISTA DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

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

A conquista do trabalho remunerado é fruto da revolução política de fins do século XVIII, de raízes franco-americanas, que apregoou a liberdade como valor fundamental e rechaçou o trabalho servil. No Édito de fevereiro de 1776, elaborado pelo Ministro Turgot e que dispensava a vinculação dos trabalhadores às corporações de ofício, afirmava-se que:

Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler, la propriété de tout homme; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus

imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice, et comme un des premiers devoirs de notre justice, et comme un des actes lês plus dignes de notre bienfaisance, d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité.

Essa construção filosófica¹, no entanto, teve o seu brilho ofuscado por alguns dogmas da revolução industrial. A liberdade não conseguia transpor o plano idealístico-formal e o trabalho remunerado transmutava-se em uma amarga ilusão. O trabalhador “livre” via-se subjugado pelo capital, que se concentrava em grandes estruturas organizacionais manipuladoras das massas operárias. A liberdade não veio acompanhada da igualdade: esse estado de coisas fez que o domínio do capital atingisse patamares acentuados, fazendo que a opressão em muito se assemelhasse aos antigos regimes servis. No liberalismo clássico, a contraposição entre capitalismo e proletariado tornou-se extrema; o Estado, no entanto, nada fazia para aproximar liberdade e igualdade, deixando o trabalho sob o jugo do capital.

No plano político-filosófico, o combate à dominação do capital sofreu grande influência das construções teóricas de Marx e de Leão XIII. Enquanto o primeiro apregoava a “luta de classes”, que culminaria com o triunfo do proletariado sobre a burguesia, extinguindo-a; o segundo defendeu, na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, a “harmonia entre as classes”, permitindo o nivelamento e o equilíbrio entre burguesia e proletariado. No primeiro pós-guerra, essas doutrinas exerceram indiscutível influência no delineamento dos regimes políticos emergentes, com especial realce na dicotomia socialismo – capitalismo, este último de contornos mais moderados, com características próprias do novo Estado Social de Direito. No âmbito interno, merecem referência as Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e alemã de 1919. No âmbito internacional, o Tratado de Versalhes, de junho de 1919, imposto pelos vencedores aos vencidos, previa a criação da Organização Internacional do Trabalho em sua parte XIII, o que demonstrava o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador (*vide art. 427, 1 a 9*). Esse objetivo seria alcançado com a instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos (empregados, empregadores e representantes do Estado), buscando-se a melhoria das condições de trabalho, que não deveria ser considerado uma mercadoria, e com a possibilidade de serem recebidas reclamações das organizações profissionais quanto ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-parte. Em seu preâmbulo, a Carta da Organização Internacional do Trabalho dispõe que as “Altas Partes Contratantes são movidas por sentimentos de justiça e humanidade” e que “uma paz universal e duradoura só pode ser fundada numa base de justiça social”.

¹ TANGUE, Fernand. *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*. Bruxelles: Publications des Fac. St Louis, 1989, p. 47.

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

Em momento anterior, a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, *caput*) e a Constituição republicana de 1891 (art. 72, *caput*) somente faziam referência à inviolabilidade dos direitos afetos à “liberdade, segurança individual e propriedade”. Com o advento da Constituição de 1934, a esse rol foi acrescido o direito à “subsistência” (art. 113, *caput*), tendo o direito ao “trabalho honesto” (art. 113, 34) uma feição eminentemente instrumental em relação à realização desse objetivo.

II. 3 – O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ASPECTOS GERAIS

A Constituição de 1988, além de reconhecer o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabeleceu, em seu art. 7º, um extenso rol de direitos fundamentais do trabalhador urbano e rural. Também previu a possibilidade de a União, no exercício da competência privativa que lhe foi outorgada pelo art. 22, I, estabelecer outros mais com o objetivo de promover a melhoria da condição social do trabalhador. É necessário, no entanto, que essa competência seja exercida com equilíbrio e sensatez, de modo a aumentar a tutela do trabalhador sem a imposição de ônus excessivos à iniciativa privada, isto sob pena de estimular demissões em massa ou comprometer a própria continuidade da atividade econômica. É nesse contexto que se enquadra, por exemplo, o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), instituído pela Lei nº 6.321/1976, que concedeu incentivo fiscal aos empresários que aderissem a esse programa. O modo de operacionalizar essa adesão é bem diversificado, podendo consistir na disponibilização de refeitório ou na distribuição de títulos aceitos pelo comércio e que são utilizados na aquisição de refeições (v.g.: cheques, vales etc.).

O art. 7º da Constituição de 1988, apesar de assegurar os direitos dos trabalhadores urbanos ou rurais, não adentra em suas características essenciais, munus que recai sobre o intérprete. A análise dos direitos ali previstos evidencia que decorrem de uma relação jurídica estabelecida com outrem: a relação de trabalho. Trabalhador, em linha de princípio, é o empregado, vale dizer, a pessoa natural que cumpre a obrigação de laborar mediante subordinação e contraprestação pecuniária. A definição de empregado é oferecida pelo art. 3º da CLT (“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”). Esse conceito, como se percebe, exclui o trabalhador eventual, em que não há habitualidade na prestação do serviço (*vide* Lei nº 8.212/1991, art. 12, V). Neste último

caso, o trabalhador somente tem os direitos previstos no contrato, incluindo a cláusula penal, caso haja inobservância dos seus termos.

Portanto, as obrigações que surgem para o Estado, a partir do reconhecimento da fundamentalidade desse direito, são de ordem positiva e negativa. Não se circunscrevem à não oposição de empecilhos ao desenvolvimento, mas avançam em ações concretas de promoção progressiva e crescente do desenvolvimento, de modo a maximizar os recursos disponíveis. Existem, destarte, considerando o direito ao desenvolvimento, deveres positivos e negativos do Estado e da comunidade na qual este direito está inserido, com fundamento em uma *solidariedade constitucional*².

O direito ao desenvolvimento é, pois, um direito de terceira geração, um direito de solidariedade. Esses direitos, segundo Paulo Bonavides, não se destinam a proteger o interesse de um só indivíduo, grupo ou estado; “têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”³.

II. 4 – O DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUSTENTÁVEL

Não há dúvidas de que a crise do Estado Providência pôs em xeque a figura do Estado prestador, trazendo à baila a discussão sobre a necessidade de se construir uma corresponsabilidade entre Estado, empresas e sociedade na busca da concretização de uma extensa lista de direitos, sobretudo daqueles com estatura constitucional.

Se no centro da noção de desenvolvimento está a pessoa humana, cumpre à organização estatal adotar medidas, em quantidade, extensão e profundidade suficientes para bem se desincumbir da obrigação constitucional de realizar um dos valores que servem de fundamento para a República Federativa do Brasil: “a dignidade da pessoa humana” (CRFB/1988, art. 3º, III).

André Ramos Tavares observa que:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma

² FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. *A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 12, nº 48, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=79914>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

³ *Op. cit.*

forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, será essencial para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado.⁴

Os direitos sociais foram previstos em profusão na Constituição de 1988. Visam, precipuamente, a garantir aos indivíduos as condições necessárias ao pleno desenvolvimento de sua personalidade e se realizam, em sua maioria, com a oferta de prestações estatais com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais.

Entre os direitos assegurados pela ordem constitucional aos trabalhadores, o gozo de licença à gestante por 120 (cento e vinte) dias está previsto no inciso XVIII do art. 7º, *in verbis*:

Art. 7. (*omissis*)

(...)

XVIII. licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Tal garantia foi estendida às servidoras ocupantes de cargo público, por força do art. 39, §3º, da Constituição de 1988, que prescreve:

Art. 39. (*omissis*)

(...)

§3º. Aplica-se aos ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Assim, a licença-maternidade com a duração de 120 (cento e vinte) dias constitui direito inviolável e, do mesmo modo, irrenunciável, notadamente porque nele está consubstanciado o objetivo de preservar a dignidade da mulher e de sua prole, garantindo-lhe o emprego e o salário no período de interrupção da atividade laboral.

Fato é que, com vistas a aprimorar ainda mais esse direito constitucional, foi editada, em 9 de setembro de 2008, a Lei nº 11.770, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, garantindo a possibilidade de prorrogação da duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República, por 60 (sessenta) dias.

A propósito, o art. 1º do mencionado diploma legal prescreve que:

⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 68.

Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Em momento posterior, foi editada a Lei nº 13.257/2016, que dispôs sobre as políticas públicas para a primeira infância e alterou os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que passaram a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 38. Os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no §1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§1º A prorrogação de que trata este artigo:

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

§2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. (NR)

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade:

I - a empregada terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS);

II - o empregado terá direito à remuneração integral. (NR)

Art. 4º. No período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade de que trata esta Lei, a empregada e o empregado não poderão exercer nenhuma atividade remunerada, e a criança deverá ser mantida sob seus cuidados.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, a empregada e o empregado perderão o direito à prorrogação. (NR)

Art. 5º. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

O que importa registrar é que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é compatível com inúmeras iniciativas, fáticas ou jurídicas. Por conta dessa concepção, os editais de licitação devem mostrar-se objetivamente sensíveis ao meio ambiente, à inclusão e aos direitos sociais, entre outros. Por força da Lei nº 8.666/1993, a aproximação entre certos direitos sociais assegurados a funcionários terceirizados e servidores do Ministério Público, em especial no que diz respeito à licença-maternidade e à licença-paternidade, visa à concretização do direito ao desenvolvimento e à justiça global no plano social. A preservação da dignidade da pessoa humana demanda prioridade e urgência na implementação do direito ao desenvolvimento sustentável, a fim de assegurar a toda pessoa o direito de expandir todo o seu potencial de forma livre, autônoma e plena.

Por outro lado, se a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a figurar como finalidade da licitação e se, ao mesmo tempo, configura um direito fundamental, então é possível concluir que os processos licitatórios também devem concorrer para a satisfação desse direito fundamental. Nesse caso, os parceiros negociais privados da Administração Pública serão definidos tanto por seus predicados organizacionais e pelas propostas apresentadas como pelos compromissos diretos e indiretos que hão de assumir nessa condição, engajando-se na busca pelas finalidades pretendidas, nos moldes legais.

Como se vê, é compatível com os princípios que regem a licitação pública a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, explicitado no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Dessa expressão semântica decorre a necessidade de as contratações se darem em harmonia com os princípios sociais, ambientais e econômicos sustentáveis.

Ainda no que diz respeito às iniciativas do Poder Público visando a assegurar o desenvolvimento sustentável, podem ser mencionados: (i) a Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispôs sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratações de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; (ii) a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que alterou o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e passou a determinar a garantia do desenvolvimento nacional sustentável, formada por três pilares, o ambiental, o social e o econômico, concorrentes com os princípios constitucionais da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração; e (iii) o Decreto Federal nº 7.746/2012, posteriormente alterado pelo Decreto nº 9.178/2017, que regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

O Decreto Federal nº 9.178/2017 estabeleceu os critérios, as práticas e as diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, nos pilares ambiental, social e econômico. Em seus primeiros artigos, já expressou o desejo de o Estado aumentar o controle e o estímulo para que as empresas desenvolvam ainda mais ações na área social e ambiental⁵.

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, o seu art. 3º elenca as finalidades do procedimento licitatório, sendo elas: a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia entre os participantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Esses objetivos são alcançados a partir do respeito aos princípios norteadores da licitação. Não existe hierarquia entre as finalidades; todas têm a mesma importância e servem para contribuir na consecução dos objetivos do procedimento licitatório. Por conseguinte, as três finalidades devem ser atingidas conjuntamente. Não é suficiente a efetivação de somente uma ou duas, sob pena de a licitação não cumprir os seus objetivos.

Nesse sentido, a função social da licitação passa a configurar uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por justa causa, devidamente motivada e comprovada.

Especificamente em relação à proposta apresentada, é plenamente viável que as contratações da Instituição passem a estimular a adaptação dos contratados e a realização do desenvolvimento nacional sustentável. Esse agir institucional em prol da satisfação da finalidade licitatória é uma forma de intervenção indireta na

⁵ Art. 1º. Este Decreto regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Art. 2º. Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017).

Parágrafo único. A adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame. (NR) (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017).

Art. 3º. Os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, de acordo com o disposto no inciso IV da *caput* do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017).

economia e de aprimoramento social, impondo uma inclinação de comportamentos com o objetivo de acarretar melhorias nas searas ambiental, social e econômica.

Não é por outra razão que mudanças socioambientais e condições mais justas de trabalho estão relacionadas às decisões de contratação pelos entes públicos, uma vez que essas contratações representam fatia considerável da economia. Os gastos públicos com licitações devem ser bem planejados e servir de ferramenta para a promoção de políticas públicas como a que se pretende nestes autos.

Ainda é preciso lembrar que a aquisição de produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, apesar de mais dispendiosos no início, geram economias indiretas em diversas áreas de atuação estatal, como a saúde pública, isso sem contar o fato de evitarem o desperdício e colaborarem para a recuperação dos recursos naturais. Com isso, o custo real dos produtos sustentáveis se torna menor.

Os contratos públicos, tanto quanto possível, devem incluir critérios que, além de atenderem a aspectos técnicos específicos, preservem o meio ambiente e desenvolvam o mercado com tecnologias mais eficientes, menor consumo de matéria-prima e possibilitem a diminuição das emissões dos processos produtivos, sem olvidar as medidas sociais voltadas à promoção da qualidade de vida e ao desenvolvimento humano.

Como se vê, a adoção de critérios que fomentem o desenvolvimento sustentável nas licitações públicas promovidos pelo Ministério Público afasta a hipótese de violação ao princípio da legalidade, pois a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é obrigatória, visto que está elencada como um dos objetivos a serem alcançados pelos entes públicos quando do planejamento de suas compras e serviços.

A partir dessas considerações, a proposta apresentada é medida que tem o potencial de atuar como fator de indução na compreensão da sustentabilidade social, podendo ser encampada pelos editais de licitação como requisito específico a ser observado para o atendimento ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, estabelecido no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Embora entendamos que a exigência de adesão ao Programa Empresa Cidadã, instituída pela Lei nº 11.770/2008 e alterada pela Lei nº 13.257/2016, possa ser inserida no edital de licitação, tal há de ser feito sem comprometer outros objetivos almejados com a realização de um certame dessa natureza, como ocorre com a competitividade. Para se evitar esse efeito negativo, é de todo conveniente seja estabelecido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após a celebração do contrato administrativo, para que a contratada adira ao referido Programa, sob pena de multa. Com isso, a Administração não comprometerá a isonomia entre os interessados e muito menos diminuirá o número de potenciais concorrentes no certame.

Outro aspecto digno de nota é o de que o custo final pela ampliação dos direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao Ministério Público será arcado pela própria Instituição, já que as propostas apresentadas por ocasião da licitação levarão em conta a média de idade dos trabalhadores, a história familiar e a probabilidade

de que venham a ampliar a prole no curso da relação de trabalho. Esse custo final, é importante frisar, é meramente especulativo, já que a só adesão da sociedade empresária ao Programa Empresa Cidadã acarretará compensações, recebendo incentivos fiscais do governo.

III

Pelo exposto, esta Consultoria Jurídica não se opõe ao acolhimento do pleito formulado. Caso seja este o juízo valorativo de Vossa Excelência, sugere-se o encaminhamento dos autos à Secretaria-Geral para que seja avaliada a existência de outros complicadores, que não os de ordem jurídica, à implementação da referida sistemática nas futuras contratações a serem realizadas pela Instituição.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2018.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL
ASSUNTO: DÚVIDA DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL
SUSCITANTE: 2ª PJTC DE DEFESA DA CIDADANIA DA CAPITAL
PROCESSO MPRJ N° 2017.00635371

DÚVIDA DE ATRIBUIÇÃO suscitada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital sobre atribuição para atuar nos autos de procedimento cujo objeto é analisar a regularidade das alterações estatutárias da Confederação Brasileira de Futebol e sua adequação à Lei nº 9615/98 (Lei Pelé). Conhecimento do pedido em caráter excepcional. Manifestação do órgão de execução indicado reconhecendo ser sua a atribuição para atuar no caso. Convolação do procedimento em Conflito Positivo de Atribuições. Fato que, em tese, vulnera o direito dos torcedores quanto à informação clara de como serão organizadas as competições. Garantia estampada pelos princípios da publicidade e da transparência esculpidos no art. 5º da Lei nº 10671/2003. Questão que revolve direito do consumidor. Inteligência do art. 40 c/c os arts. 2º, *caput*, e 3º, todos da Lei nº 10671/2003. Atribuição do suscitante, *ex vi* do art. 2º, l c/c os arts. 4º, XV e 6º, XVIII, todos da Resolução nº 1173/2003. Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos. Competência absoluta. Art. 3º, §1º Resolução nº 20/2013, do Órgão Especial do TJRJ. Duplicidade de procedimentos em razão da identidade de objetos. Incidência do Enunciado nº 18/2007 do Egrégio Conselho Superior do MPRJ. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, seja declarada a atribuição da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital para prosseguir oficiando no feito.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de dúvida de atribuição suscitada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital sobre atribuição para atuar nos autos de procedimento cujo objeto é analisar a regularidade das alterações estatutárias da Confederação Brasileira de Futebol e sua adequação à Lei nº 9615/98 (Lei Pelé).

O suscitante informa que feito idêntico tramita junto à 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital, sob o nº 2017.00443759.

Diz que, ante a aparente duplicidade de feitos, melhor seria que apenas um órgão de execução ficasse à frente da investigação, entendendo ser sua a atribuição, posto que relativa à regularidade de regras estatutárias.

Arremata asseverando que, nos casos em que há multiplicidade de órgãos do *Parquet* que admitam ou que neguem a sua atribuição, cumpre ao Procurador-Geral de Justiça dirimir o embate, consoante o disposto no art. 11, XVI, da LC nº 106/03.

Instruiu o pedido com as seguintes cópias: da Lei nº 9615/98 (fls. 08/58); da informação prestada pelo MPF no sentido da remessa ao MPE da representação formulada sobre o tema aqui tratado (fls.65/67); do andamento da referida representação junto ao MGP e sua distribuição ao suscitado (fls. 69/71); da manifestação da CBF no sentido de que a matéria não atrai a intervenção do MPE porque respeitante a interesses privados e, subsidiariamente, que as alegações são infundadas (fls. 73/88); das assembleias que deram representatividade à atual gestão (fls. 90/99); do respectivo estatuto (fls. 100/177); do parecer da lavra do doutrinador Daniel Sarmento em abono de sua tese (fls. 179/211); do edital de convocação para a assembleia ora contestada (fls. 213/214).

À fl. 224, encontra-se o despacho do Exmo. Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, Dr. Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, que, acolhendo o parecer exarado às fls. 218/223, determinou a oitiva da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital, assim como a juntada de cópia da representação referente ao procedimento MPRJ nº 2017.00511607.

Às fls. 228/236, veio a manifestação da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital, informando primeiramente que, sobre o tema aqui versado, ajuizou em face da Confederação Brasileira de Futebol uma Ação Civil Pública que corre junto ao Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos sob o nº 0186960-66.2017.8.19.0001.

Argumenta que o sustentáculo dessa ACP foi o IC nº 364/2017, instaurado anteriormente ao procedimento MPRJ nº 2017.00511607, inaugurado pela 2ª PJTC da Cidadania, e que sua atribuição decorre da ofensa a direito transindividual do torcedor à transparência da administração e organização das entidades desportivas, garantia vulnerada no presente caso em razão de a CBF ter realizado assembleia extraordinária sem convocar os clubes da primeira divisão para que dela participassem.

Segue afirmando que, embora designada para tratar de matéria exclusivamente administrativa, a referida assembleia deliberou, na verdade, sobre questão de caráter eleitoral, consubstanciada na alteração do peso do voto das federações filiadas àquela entidade e das agremiações esportivas participantes das primeira e segunda divisões, em flagrante prejuízo aos clubes não convocados porque a mudança do estatuto os impede de constituírem vontade majoritária frente às federações.

Esclarece que o esvaziamento do poder de escolha e participação dos clubes na gestão do desporto atinge de forma reflexa o interesse dos próprios torcedores porque as entidades desportivas são remuneradas pela comercialização de ingressos a esses consumidores.

Instruindo, vieram as cópias da ACP (fls.237/254).

Em apenso, encontram-se os autos do procedimento MPRJ nº 2017.00800557, formados a partir da documentação enviada pela 2ª PJTC da Cidadania, contendo 248 páginas referentes a cópias do procedimento MPRJ nº 2017.00511607, convolado em inquérito civil (cujo número não consta dos autos), com vistas a apurar os fatos objeto da suscitação, onde, à exceção da representação que foi solicitada, as demais peças repetem aquelas já anexadas no pedido formulado nos autos principais.

Esse é o breve relatório.

1. DA ADMISSIBILIDADE

Cuida-se de dúvida de atribuição suscitada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital sobre qual órgão de execução deverá atuar nos autos de procedimento cujo objeto é analisar a regularidade das alterações estatutárias efetuadas pela Confederação Brasileira de Futebol e sua adequação à Lei nº 9615/98 (Lei Pelé).

Na outra ponta, a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital informa que, sobre o tema aqui versado, ajuizou em face da Confederação Brasileira de Futebol uma Ação Civil Pública que corre junto ao Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos.

Na análise perfunctória efetuada à fls. 219/221, esta assessoria, não obstante ter como firme o entendimento de que os conflitos de atribuições configuram-se *in concreto*¹ e não *in abstracto*, admitiu o presente processamento, em caráter excepcional, tão somente para evitar a adoção de decisões contraditórias sobre um mesmo fato, em face da possível duplicidade de procedimentos em andamento.

Após a regular instrução deste feito, restou evidenciada situação diversa da inicialmente apresentada; senão, vejamos:

A 2ª PJTC da Cidadania afirma ser sua a atribuição porque a matéria “cuida de regularidade das regras estatutárias”, ao passo que a 2ª PJTC do Consumidor entende que ela é que deve funcionar no caso porque o fato “atinge o torcedor que, na qualidade de consumidor, foi ofendido no seu direito transindividual à transparência da administração e organização das entidades desportivas, em razão da suposta irregularidade na realização da assembleia extraordinária convocada pela CBF”.

Ora, conforme a lição de Emerson Garcia, configura-se o conflito positivo de atribuições quando “dois ou mais órgãos de execução do Ministério Público entendem possuir atribuição para a prática de determinado ato”, avocando para si, simultaneamente, o dever de atuar em determinado caso².

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486/487.

² GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 327.

Parece evidente que, apesar do epíteto designado pelo solicitante, em verdade, do presente procedimento verte autêntico *conflito positivo de atribuições*, o qual, se, numa primeira etapa, se apresentou de forma subliminar, deve agora ser instaurado às claras por esta assessoria, merecendo o desfecho que lhe é próprio.

Note-se que a hipótese guarda consonância com a lei de regência, sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse consoante disposto nos arts. 10, X, da Lei nº 8625/1993³ e 11, XVI, da Lei Complementar nº 106/2003 do ERJ⁴.

Considerando-se que a *primeira afirmação de atribuição foi efetuada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital*, posteriormente contestada pela 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital, *deve esta última ser nomeada como suscitante e aquela, como suscitada*, indicações que doravante serão empregadas nesse parecer.

II- DO MÉRITO

Assim como ocorre com o processo jurisdicional, no qual a identificação do órgão judicial competente é extraída dos próprios elementos da ação, também a identificação do órgão ministerial com atribuições para certo caso deve partir da hipótese concretamente considerada, ou seja, dos dados do caso concreto que constituem seu objeto. Nesse sentido, ensina a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵ e Athos Gusmão Carneiro⁶.

Para um correto encaminhamento da solução desse conflito, vital é que se identifique o objeto da investigação levada a cabo pelos órgãos conflitantes.

Anota-se, desde já, que a *representação do Deputado Federal Otavio Santos Silva Leite*, inicialmente formulada frente ao MPF, *serve de esteio para ambos os órgãos conflitantes*, como se constata à vista dos documentos de fls. 04/24 do apenso, uma vez que o suscitante trabalhou com a representação original, enquanto que o suscitado, provocado por terceiro, utilizou material veiculado pela imprensa sobre a mesma representação.

Cumpra, por primeiro, estabelecer que, apesar de envolver uma associação privada, a questão não está circunscrita ao simples âmbito de interesses privados.

³ Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

⁴ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 250/252.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 56.

Os arts. 5º, LXXXIII⁷, 215, §3º, I⁸, 216, I e IV⁹ e 217, §3º,¹⁰ todos da CR, elevam o desporto ao patamar de patrimônio cultural que integra os direitos fundamentais do cidadão. Secundando essa posição, o art. 4º, §2º da Lei nº 9615/98¹¹ (Lei Pelé) expressa que a organização desportiva é considerada de elevado interesse social.

Fazendo coro à legislação, a doutrina mais abalizada, forte, nas palavras de Celso Bastos¹², reconhece que “a questão desportiva, em nosso País, é, pois, seguramente, cultural. Contudo, mais do que isso, é de índole difusa. Por efetivamente atingir uma gama de pessoas juridicamente indeterminada, não pode a sociedade, ela mesma, mover-se para a proteção de tais interesses”.¹³

A jurisprudência reinante também tem se alinhado a esse entendimento, como se vê de arestos prolatados, tanto no âmbito do STJ¹⁴, como em nossa Corte Fluminense¹⁵.

⁷ 5º - LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao *patrimônio* histórico e *cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁸ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

(...)

§3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao *desenvolvimento cultural* do país e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do *patrimônio cultural brasileiro*;

⁹ Art. 216. Constituem *patrimônio cultural brasileiro* os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

I - as formas de expressão;

(...)

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

¹⁰ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

(...)

§3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

¹¹ Art. 4º O Sistema Brasileiro do Desporto compreende:

(...)

§2º A *organização desportiva do País*, fundada na liberdade de associação, *integra o patrimônio cultural brasileiro* e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5º da Lei Complementar no 75, de 20 de maio de 1993.

¹² BASTOS, Celso. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 269.

¹³ Registre-se que, em consonância com tal opção, vários templos do futebol foram tombados, *verbi gratia*: Complexo Esportivo do Maracanã e Estádio das Laranjeiras do Fluminense F.C (respectivamente, Decretos nºs 21.677/2002 e 20.611/2011, editados pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro; Estádio do Mineirão (Deliberação nº 106/2003, editada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte; Estádio do Pacaembu (Resolução nº 05/98, editada pela Secretaria da Cultura da Prefeitura de São Paulo etc.).

¹⁴ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROIBIÇÃO DE VENDA DE BEBIDA ALCÓOLICA EM ESTÁDIO DE FUTEBOL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATUAÇÃO. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA, REGIME DEMOCRÁTICO E DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC). ADEQUAÇÃO DAS CONDUTAS ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS.

ESTATUTO DO TORCEDOR (LEI Nº 10.671/03) E POLÍTICA NACIONAL SOBRE O CONSUMO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS. INEXISTÊNCIA DE ATO ABUSIVO OU ILEGAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VIOLADO. RECURSO NÃO PROVIDO. (RMS 31.064/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em: 21/09/2010, DJe: 01/10/2010)

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL nº. 0008184-51.2007.8.19.0209 - APTe: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL APDO: JOSÉ CARLOS

Fixado o interesse público subjacente, a análise deve voltar-se para a identificação do fato apontado como irregular pela representação formulada.

Diferente do que sugere o suscitado e afirma a CBF, a ilegalidade apontada na representação do deputado e replicada na ACP não reside na alteração do estatuto em si, mas, antes, na eventual existência de vício formal consistente na não convocação dos clubes da primeira divisão para participar e deliberar na assembleia sobre matéria que lhes afetava diretamente.

É o que se infere da representação (fls. 17/21 do apenso), da causa de pedir (fls. 244/247 e, em especial, o segundo parágrafo da fl. 248 e quinto parágrafo da fl. 256) e do pedido deduzido no item II, terceira figura (fl. 263) da petição inicial da ACP.

Portanto, embora o suscitado tenha delimitado o objeto de sua investigação com foco na “análise da regularidade das alterações estatutárias da Confederação Brasileira de Futebol e sua adequação à Lei nº 9615/98 (Lei Pelé)”, essa abordagem deve ser contextualizada com a conclusão lançada no parágrafo anterior, qual seja, regularidade da convocação para a assembleia que deliberou as alterações estatutárias, visto que ambas as investigações deitam raízes na representação comum.

À vista do edital de convocação (fls. 83 e 213/214), constata-se que os clubes da primeira divisão não foram ali incluídos, sendo certo que na assembleia deliberou-se a alteração estatutária no sentido de que o peso do voto das federações fosse maior do que o dos clubes preteridos no chamamento (fls. 86 e 129/130).

Como bem salientado pelo suscitante, ante a mudança operada no estatuto, os clubes não convocados viram sensivelmente diminuídas as chances de constituírem vontade majoritária frente às federações, fato que, ao menos em tese, esvazia seu poder de escolha e participação na gestão do desporto, atingindo de forma reflexa o interesse dos próprios torcedores porque as entidades desportivas são remuneradas pela comercialização de ingressos a esses consumidores.

Esse interesse dos torcedores decorre de seu direito à informação clara de como serão organizadas as competições, subentendida nesse contexto a forma equânime de escolha através dos votos de todos os associados, proteção garantida pelos princípios da publicidade e da transparência esculpidos no art. 5º da Lei nº 10671/2003¹⁶ (Estatuto do Torcedor).

AMARAL KFOURI - RELATOR: DES. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VEICULAÇÃO DE NOTA JORNALÍSTICA EM BLOG NA INTERNET. “(...) Deve-se consignar, por oportuno, que o futebol é patrimônio cultural, imaterial, da sociedade brasileira e de toda a humanidade, razão pela qual tudo aquilo que lhe diga respeito é de interesse público e assim deve ser encarado. Logo, ainda que a natureza jurídica da apelante seja de direito privado, seus atos, sejam eles concernentes às suas finanças ou às suas relações político-institucionais, são do mais alto interesse público, na medida em que a sociedade é a maior interessada nas diretrizes adotadas pelo órgão máximo da administração futebolística brasileira e nos destinos dados às suas receitas.”

¹⁶ Art. 5º São asseguradas ao torcedor a publicidade e transparência na organização das competições administradas pelas entidades de administração do desporto, bem como pelas ligas de que trata o art. 20 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

Salta aos olhos, portanto, que a afirmada vulneração diz respeito à relação de consumo, na forma do disposto no art. 40 c/c os arts. 2º, *caput*, e 3º, todos da Lei nº 10671/2003¹⁷.

Na seara pretoriana, os tribunais têm se inclinado nessa direção, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.334.078 - SP (2010/0132115-2) - RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO - AGRAVANTE: FEDERAÇÃO PAULISTA DE FUTEBOL - ADVOGADO: CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR E OUTRO(S) - AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. INTERES.: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. PROCESSO CIVIL E CIVIL. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDÊNCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

(...)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela FEDERAÇÃO PAULISTA DE FUTEBOL – FPF contra decisão interlocutória que negou seguimento ao recurso especial fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública em face da CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL – CBF; a FPF; EDILSON PEREIRA DE CARVALHO; PAULO JOSÉ DANELSON; e NAGIB FAYARD, em virtude da manipulação dos resultados de diversos jogos que os árbitros EDILSON e PAULO – selecionados pela FPF e CBF para apitarem jogos dos campeonatos de futebol brasileiro e paulista – precederam em conluio com o empresário NAGIB em troca de dinheiro obtido por este com a aposta eletrônica nos jogos.

(...)

No que interessa ao julgamento do presente recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo utilizou os seguintes fundamentos no acórdão recorrido, *verbis*:

A pretensão deduzida na ação civil pública em questão colima a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos dos torcedores, o que confere ao MPE legitimidade ativa para a causa, nos termos da CF, art.

¹⁷ Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 2º Torcedor é toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva.

Art. 3º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

129, III, da Lei nº 7.347/85, art. 5º, e do CDC, art. 81, parágrafo único, III, c.c. art. 82, I.

Veja-se que a Lei nº 10.671/03, a par de determinar ser direito do torcedor que a arbitragem das competições desportivas seja independente, imparcial, previamente remunerada e isenta de pressões (art. 30), prevê que a defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina de defesa dos consumidores de que trata o Título III da Lei nº 8.078/90 (art. 40).

Não se sustenta o argumento segundo o qual os direitos e interesses cuja defesa se pleiteia carecem de relevância social. O futebol está entre as práticas desportivas de maior expressão na sociedade brasileira, sendo certo que o principal campeonato anual disputado entre os grandes clubes do país tem grande repercussão econômica e cultural. (fl. 356)

No que tange ao polo passivo, a pertinência subjetiva da PPF deflui da Lei nº 10.671/03 e dos próprios fins a que visa a federação.

O art. 3º do Estatuto de Defesa do Torcedor equipara ao fornecedor, nos termos do CDC, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

(...)

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de setembro de 2010. (Grifou-se.)

MEDIDA CAUTELAR Nº 17.588 - SP (2010/0222020-5)

RELATOR: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL CBF -
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

(...)

É que este Tribunal Superior pacificou o *entendimento de ser o Ministério Público parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos de relevante interesse social, em diversas hipóteses atinentes aos direitos do consumidor e, mais especificamente, do torcedor* (cf. REsp 797.963/GO, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, DJe: 05.03.2008; REsp 347.752/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe: 04.11.2009; REsp 242.643/SC, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ: 18.12.2000; e RMS: 31.064/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe: 01.10.2010).

(...)

Ante tais fundamentos, com fulcro no art. 288, *caput*, c/c o art. 34, XVIII, do RISTJ, INDEFIRO a Medida Cautelar.

Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2011.

MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)

Relator (Grifou-se.)

Ora, se a questão versada nos autos envolve direito do consumidor, a atribuição para atuar neste procedimento é da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital, órgão suscitante, consoante estabelecido pelo art. 2º, I c/c os arts. 4º, XV e 6º, XVIII, todos da Resolução nº 1173/2003¹⁸.

Não bastasse esse argumento, só o fato de ter sido ajuizada uma ACP perante o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos – muito embora o senhor juiz tenha postergado a apreciação de sua competência (cópia em anexo) – excluiu a atuação do suscitado que não tem atribuição para officiar perante aquele órgão jurisdicional, mas apenas junto aos Juízos Fazendários e, eventualmente, nas Varas Cíveis.

Tal afirmação encontra esteio nos arts. 41, *caput*, I e 41-A, ambos do Estatuto do Torcedor¹⁹ que preveem a criação do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos para a promoção e defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor.

No Estado do Rio de Janeiro, esse juizado especializado foi criado pela Resolução nº 20/2013²⁰, do Órgão Especial do TJRJ, para, entre outras questões, abarcar a matéria

¹⁸ Art. 2º – Incumbe às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, com atribuição nas áreas territoriais correspondentes aos Núcleos definidos no além do disposto na legislação específica:

I – promover a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos interesses afetos à cidadania e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no âmbito judicial e no extrajudicial;

Art. 4º – As Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva são instaladas em 15 (quinze) Núcleos, nas sedes dos seguintes municípios:

(...)

XV – “Núcleo Capital”, sediado na Capital do Estado, atendendo a este Município.

Art. 6º – Ficam transformadas:

(...)

XVIII – As 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do 10º CRAAI, em 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte do “Núcleo Capital”, respectivamente.

¹⁹ Art. 41. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a defesa do torcedor, e, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento do disposto nesta Lei, poderão:

I – constituir órgão especializado de defesa do torcedor; ou

II – atribuir a promoção e defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 41-A. Os juizados do torcedor, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta Lei.

²⁰ Art. 1º Fica criado o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro, com competência em todo o Estado, adjunto ao órgão judicial designado pela Presidência do Tribunal de Justiça, que terá a competência acrescida nos termos do art. 68, parágrafo único, do CODJERJ.

contida no Estatuto do Torcedor (art. 2º), tratando-se de *competência funcional e, portanto, absoluta* (3º, §1º)²¹.

A competência absoluta desse juizado especial vem sendo reconhecida nos tribunais, como se vê do aresto abaixo colacionado:

PODER JUDICIÁRIO. Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Segunda Turma Recursal Cível. Processo nº 0258763-51.2013.8.19.0001. RECORRENTE: FIFA WORLD CUP BRAZIL ASSESSORIA LTDA. RECORRIDOS: ALEX DE FARIA MARIA KATIANE HARCA GRAVINO.

EMENTA: Litígio envolvendo torcedores e empresa organizadora de evento esportivo Copa das Confederações. Evento internacional regido por lei especial que remete à aplicação do Estatuto do Torcedor. Art. 41-A da Lei nº 10.671/03 que faculta a criação dos Juizados do Torcedor pelo Estado, órgão da Justiça Ordinária e competência cível para processo, julgamento e execução das causas decorrentes das atividades reguladas pelo Estatuto. *Poder Judiciário do Rio de Janeiro*

Art. 2º O Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro será competente para processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03, bem como os cíveis que tiverem correlação com o Estatuto do Torcedor, ainda que com interesse do Estado, Municípios ou entes da Administração Direta dos mesmos, pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados. Parágrafo único. Além das questões referidas no caput, e no art. 3º, parágrafo segundo, mas sempre em relação ao evento, o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro, também terá competência para apreciar, julgar e executar os procedimentos de natureza criminal relativos à Lei nº 9.099/95.

Art. 3º O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fará instalar, por indicação e sob a supervisão da CEJESP, posto do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro nos locais em que vierem a ocorrer competições esportivas, culturais, artísticas e/ou grandes eventos.

§1º Instalado o posto referido no caput, a competência em razão da matéria do Juizado será exclusiva, não admitindo a concorrência dessa competência nem mesmo pelo Plantão Judiciário;

§2º Na Capital e em cada Comarca onde se realizar espetáculos esportivos, artísticos ou culturais, sob a forma de grande evento, e for instalado o Juizado, a competência deste em matéria criminal será plena, sempre relacionada ao acontecimento, e será exercida nos mesmos moldes do Plantão Judiciário, ou seja, a medida apresentada será apreciada e decidida pelo Juizado, sendo, ao final dos trabalhos, o processado encaminhado à distribuição da Comarca respectiva.

Art. 4º A distribuição de feitos para o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos se dará na data de sua instalação, e seguirá, se possível, tramitação eletrônica, na forma da Lei nº 11.419/06.

Parágrafo único. Independentemente do local do evento e ressalvadas aquelas situações do art. 3º, parágrafo segundo, os feitos resultantes de sua atuação, serão sempre processados perante o Juizado, que poderá se valer dos diversos meios de comunicação processual para a formação e desenvolvimento do processado.

Art. 5º O Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos da Comarca da Capital será instalado por ato Conjuntivo do Presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor Geral da Justiça.

²¹ CODJERJ: Art. 32 São órgãos judicantes de primeira instância:

(...)

VI – Juizados do Torcedor e Grandes Eventos.

(...)

Do Juizado do Torcedor e Grandes Eventos

Art. 62 Compete ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos processar e julgar os feitos criminais, aí incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem como os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, além do cumprimento das precatórias pertinentes à matéria de sua competência e da execução de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direitos, e, ainda, quando suspensa a execução da pena ou determinada medida de segurança não detentiva.

que através da Resolução do seu Órgão Especial cria o Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos e Ato Executivo Conjunto CGJ/TJRJ nº 26/2013 que o instala adjunto à 2ª Vara Cível Regional da Ilha do Governador (Comarca da Capital). Possibilidade de criação de órgão especializado sem majoração de despesas e criação de cargos, consoante dispõe o parágrafo único do art. 68 do Código de Organização Judiciária deste Estado. Instalação que se deu através de publicação no Diário Oficial de 11.06.2013. Distribuição da ação ao V Juizado Especial Cível da Comarca da Capital em 30.07.2012. Incompetência absoluta, face à criação de órgão especializado, cuja prorrogação importará em violação à competência funcional, devendo ser conhecida de ofício.

(...) No tocante à competência, portanto, considerando que a presente ação foi proposta em 30.07.2013, quando já instalado o Juizado do Torcedor através do Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ/RJ nº 26/2013 (publicado no Diário Oficial de 11.06.2013) e levando em conta que o rito da Lei nº 9.099/95 impõe a extinção e não permite a prolação de decisão declinatória de competência, reconheço de ofício a incompetência do V Juizado Especial Cível para dirimir o conflito entre os torcedores e a empresa organizadora do evento Copa das Confederações. Diante do exposto, VOTO no sentido de conhecer o recurso e JULGAR EXTINTO o processo, sem exame do mérito, na forma do art. 51, inciso II da Lei nº 9.099/95 c/c art. 267, inciso IV do Código de Processo Civil. Sem condenação em ônus sucumbenciais, por não se tratar de recurso improvido. Rio de Janeiro, 24 de março de 2014. ALEXANDRE PIMENTEL CRUZ Juiz Relator.

Além disso, quando o suscitado instaurou o procedimento MPRJ nº 2017.00511607, em 26/05/2017, o suscitante já tinha tomado conhecimento do fato e instaurado o procedimento MPRJ nº 2017.00443759 no dia 15/05/2017 (fl. 71), a ele seguindo-se a propositura da correspondente ACP no dia 25/07/2017 (documento em anexo).

A hipótese atrai a incidência do Enunciado nº 18/2007 do Egrégio Conselho Superior do MPRJ²² ensejando a perda do interesse procedimental e o consequente arquivamento do feito, porque idênticos os objetos investigados.

De concluir-se, portanto, que razão assiste ao suscitante.

²² ENUNCIADO Nº 18/07: DANOS A INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS OU HOMOGÊNEOS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL CONTEMPLANDO O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO DO MP. PERDA DO INTERESSE PROCEDIMENTAL: Merece homologação a promoção de arquivamento de inquérito civil ou de outro procedimento administrativo instaurado para apurar notícia de lesão a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos se, no curso da investigação, ficar comprovado o ajuizamento de ação civil pública, de ação popular, de ação de improbidade ou de outra medida judicial pelo Ministério Público ou por terceiros legitimados, cujo pedido contemple o objeto da portaria de instauração, por perda do interesse procedimental. (Aprovado na sessão de 17 de dezembro de 2007).

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de, *conhecido o conflito positivo de atribuições, seja julgado procedente, com vistas à declaração da atribuição da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital* para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2017.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref.: MPRJ 2017.00635371

Órgão de origem: 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da *2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte da Capital*. Remetam-se os autos ao suscitado com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Peça

• • •

PEÇA PROCESSUAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: JOSINALDO FERREIRA

AGRAVADA: SUPERVIA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO S.A.

PROCESSO Nº 0036334-67.2019.8.19.0000

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pretensão de efetividade do direito fundamental à igualdade de pessoas em situação desigual. Portadores de deficiência ou mobilidade reduzida com necessidade de adequação da estação ferroviária de Agostinho Porto, para viabilizar o acesso ao serviço de transporte. Requerimento de concessão da tutela de urgência indeferido. Contraste com o direito fundamental de efetividade imediata para tutela da dignidade da pessoa e do acesso ao transporte, prevista nos artigos 1º, inciso III, e 6º da Constituição da República. Direito fundamental de aplicabilidade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei impede o seu exercício, conforme o art. 5º, LXXI da Constituição da República, que determina que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício: dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11); das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art. 12); à soberania (popular arts. 14 a 16); à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII), onde se inclui o direito à igualdade entre os desiguais, e ao transporte (art. 5º, inciso, I e art. 6º). Direito reafirmado pelas leis ordinárias federais através do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Pessoa com deficiência. *Prazo legal para implantação das adaptações não cumprido desde o ano de 2014, depois de 10 anos do termo ad quo do decreto regulamentar.* Tutela cautelar que se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata, até as medidas que serão impostas no

exame de mérito. Juízo adequado de equidade à situação posta em análise, para determinar que a concessionária disponibilize funcionários nas suas plataformas de embarque, de forma a auxiliar as pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida; preste esse serviço durante todo o tempo de utilização do transporte; possibilite acesso em local diferente do ingresso dos demais passageiros; preste auxílio até o embarque no interior do vagão; seja aplicada multa diária de R\$ 10 mil reais por dia de descumprimento das medidas; fixado o prazo de 60 dias para adequação de todas as unidades de embarque ao determinado pela lei ordinária federal; comunicação ao poder concedente, de que a concessionária está desrespeitando o artigo 46 e parágrafo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, determinante da rescisão de contrato. Substituição da interlocutória por acórdão de deferimento da cautela nos termos suprarreferidos.

Egrégia Câmara,

O agravante insurge-se contra a decisão interlocutória (doc. 0000048 dos autos originários), que indeferiu o pedido de tutela de urgência em ação objetivando compelir a concessionária de transporte ferroviário a adaptar a estação de Agostinho Porto às condições de acessibilidade.

O autor sustenta, em suas razões (doc. 000002), que: (i) as fotos acostadas na exordial já comprovam que o agravante, além de ser pessoa muito humilde, suporta na estação em comento situação vexatória, até porque não há qualquer tipo de acesso para portadores de deficiência ou de mobilidade reduzida, havendo, sim, verdadeira escadaria para acesso às plataformas; (ii) existe falha na prestação de serviço que, como concessão regulada pela Lei nº 8.987/95, pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme as normas pertinentes e o respectivo contrato; (iii) como se trata de responsabilidade objetiva, desnecessária a prova da culpa, bastando o dano e o nexo de causalidade, para que exsurja o dever de indenizar, visível nas fotos anexadas aos autos; (iv) não há como não imaginar a ocorrência de lesões de ordem psíquica pelo fato de o agravante enfrentar verdadeira *via crucis* para acessar as composições férreas da agravada, toda vez que necessita se locomover; (v) não foi considerada a situação vexatória que vem repercutindo na honra e na dignidade da parte autora, violando seu direito de ir e vir, cabendo ainda ressaltar que, considerando o objeto da presente ação, é necessária a urgência na concessão da medida para coibir a prática abusiva da empresa agravada e assegurar, com brevidade, o direito social do agravante e de todos os usuários do serviço de transporte público, como mecanismo de inclusão social e forma de lhes assegurar o desempenho de suas atividades com independência; (vi) foi demonstrada toda a humilhação sofrida pelas pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida através das fotos que evidenciam a dificuldade de obterem acesso à plataforma para embarque

na estação em comento, necessitando da ajuda de terceiros, evidenciando a *via crucis* suportada e, ainda assim, foi indeferida a tutela de urgência, sob o fundamento de que não estão presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida e, ainda, de que as alegações da parte autora não estão revestidas de verossimilhança; (vii) pugna, então, pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso para ser concedida a tutela de urgência.

Decisão indeferindo a concessão do efeito suspensivo (doc. 000014).

Contrarrazões da parte ré (doc. 000020), rogando pelo desprovimento do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção da decisão agravada.

Vejamos a quem assiste razão.

PRELIMINARMENTE

A própria natureza do direito fundamental de igualdade aos desiguais, em que nem mesmo a ausência de lei impede sua efetividade, afasta qualquer esforço em restringir sua legitimação para tutela.

Nesse sentido, a lei ordinária federal, através do Código de Defesa do Consumidor, reafirma sua importância ao conferir legitimação às suas vítimas nas situações de consumo, onde não seja observada a igualdade aos usuários portadores de deficiência ou mobilidade reduzida nos serviços de transporte e, com mais forte razão, quando efetuados por concessionárias de transporte público.

Nesse sentido o art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em *juízo individualmente*, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III – interesses ou *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tratando-se de direito fundamental de efetividade imediata, qualquer restrição à sua efetividade contrasta com os comandos da Constituição da República.

Nesse sentido, cabe lembrar que a forma é exigida por razões de segurança e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo!

A omissão do Poder Público é causa geradora de obrigações de sua parte, devendo fornecer condições de vida digna aos cidadãos.

Se a pretensão deduzida pelo agravante apresenta a circunstância fática de, uma vez atendida, favorecer a dezenas, centenas de outros moradores da mesma região, revelando interesse homogêneo ou coletivo, *tal fato não retira a legitimidade e o interesse do particular na demanda, pelo contrário, o reafirma.*

Não se deve esquecer que o transporte acessível é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III).

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:

(...)

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

Desta forma, salta aos olhos a legitimidade ativa do agravante e seu interesse em acionar a concessionária de transporte ferroviário para que preste serviço de qualidade e adequado ao fim a que se destina.

NO MÉRITO

Em outras palavras estamos tratando de direito social fundamental de efetividade imediata, onde a correlação hipotética entre o direito e o titular que o pretende em juízo é adequada, não se devendo confundir efeitos de *fato* da sentença de mérito, com os limites *subjativos* da *coisa julgada*.

No Direito Romano “a coisa julgada entre uns não prejudicava outros” (*Res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*) (1 D.44.22). Além desta passagem de Ulpiano, há uma resposta de Paulo que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu Paulo: “Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro” (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 D.3.2).¹

Já no Direito germânico a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros.²

Da fusão dessas duas tendências, provém, no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. p.478. vol. I.

² CHIOVENDA. *Instituições*. p. 572. vol. I.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não contendores. Ao contrário: ela é FATO jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não pode ser apagado da realidade. Apenas esse FATO não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que DE FATO não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro. Chiovenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, DE FATO, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, DE FATO, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos DE DIREITO, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação DE FATO de terceiros, mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, DE FATO e por via de consequência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui, propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera de *iure, inter partes*, mas de fato, *erga omnes*. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de Lhering sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos.³

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos.⁴

No nosso caso específico, a sentença como fato beneficiará todos os demais usuários com necessidades especiais que estão privados do acesso adequado à estação ferroviária de Agostinho Porto.

Portanto, é importante sempre repetir que, para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Assim, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo. Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

³ Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*: HOFMANN, *Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, p. 37 e ss.; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. ROSENBERG, *Lehrbuch*, par. 152, p. 514, par. 157, p. 532 e ss.; LIEBMAN. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 73 e ss., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. Tornaghi sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de Liebman, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições*, vol. I, p. 479.

⁴ ALLORIO, *ob. cit.*, LIEBMAN. A coisa julgada nas questões de Estado. Artigo publicado na *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1939. Publicado na *Revista Forense*, p. 272 e ss. vol. 82.

Nesse sentido, estabelece a Constituição da República como direito fundamental de natureza social e dever do Estado de efetividade imediata, o acesso ao transporte, que está sendo negado pelas condições a que está sendo submetido o autor, que depende do serviço de transporte ferroviário.

Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os Direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à existência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os Direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui o Direito ao transporte (art. 6º).

Essa efetividade é reafirmada e regulamentada pela lei de acessibilidade (Lei nº 10.098/2000), que determina que os edifícios públicos ou de uso coletivo devem ser acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, a fim de viabilizá-lhes a utilização do serviço com autonomia, ou seja, sem o auxílio de terceiros.

Art. 1º – Esta Lei estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Art. 2º – Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I – acessibilidade: *possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;*

II – barreiras: *qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso*

à informação, à compreensão, à *circulação com segurança*, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

(...)

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

(...)

Registre-se que a lei de acessibilidade foi regulamentada pelo Decreto nº 5.296/04, que determinou um prazo de *cento e vinte meses para readequação do transporte ferroviário às normas de acessibilidade*.

Art. 43 – Os serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário existentes deverão estar totalmente acessíveis no *prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação deste Decreto*.

§1º – *As empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão apresentar plano de adaptação dos sistemas existentes, prevendo ações saneadoras de, no mínimo, oito por cento ao ano, sobre os elementos não acessíveis que compõem o sistema*.

§2º – *O plano de que trata o §1º deve ser apresentado em até seis meses a contar da data de publicação deste Decreto*;

Portanto, o prazo para adaptação das estações ferroviárias no sentido da efetividade do direito fundamental da acessibilidade ao transporte das pessoas com deficiência foi *finalizado em 2014, após período de espera de 10 anos, tempo suficiente para que fosse elaborado o plano de adaptação previsto no art. 43, §1º, do Decreto nº 5.296/04, bem como atendido o disposto na legislação pertinente*.

O mesmo regulamento define como barreira de acessibilidade qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso e a liberdade de movimento, bem como a circulação com segurança, dispondo ainda, que os desníveis das áreas de circulação, internas ou externas, serão transpostos por meio de rampa ou equipamento eletromecânico de deslocamento vertical.

Art. 8º – Para os fins de acessibilidade, considera-se:

I – *acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e*

equipamentos urbanos, das edificações, *dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;*

Art. 20 – Na ampliação ou reforma das edificações de uso público ou de uso coletivo, os desníveis das áreas de circulação internas ou externas *serão transpostos por meio de rampa ou equipamento eletromecânico de deslocamento vertical, quando não for possível outro acesso mais cômodo para pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, conforme estabelecido nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.*

Da mesma forma, a lei ordinária federal, mais uma vez, reafirma a necessidade da efetividade de acessibilidade ao serviço público em questão, quando trata dos direitos da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 46 – *O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.*

§1º – Para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, em todas as jurisdições, *consideram-se como integrantes desses serviços os veículos, os terminais, as estações, os pontos de parada, o sistema viário e a prestação do serviço.*

Chegando mesmo a condicionar a concessão do serviço ao cumprimento da lei, como se constata pelo parágrafo segundo do artigo.

§2º – *São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei, sempre que houver interação com a matéria nela regulada, a outorga, a concessão, a permissão, a autorização, a renovação ou a habilitação de linhas e de serviços de transporte coletivo.*

Corroborando esse entendimento, segue julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. SUPERVIA. TRANSPORTE PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA ESTAÇÃO

PARA VIABILIZAR O ACESSO DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DO AUTOR PRETENDENDO A REFORMA DA DECISÃO DE MODO QUE SEJA DEFERIDA A TUTELA DE URGÊNCIA, QUE MERECE ACOLHIMENTO. É CEDIÇO QUE A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ESTÁ CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO FUNDADO RECEIO DE DANO GRAVE, NOS TERMOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O AUTOR É CADEIRANTE, CONFORME COMPROVAM AS FOTOS COLACIONADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES COM ACESSO ADEQUADO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NAS ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.098/2000, REGULAMENTADA PELO DECRETO 5.296/04 QUE DETERMINOU UM PRAZO DE 120 MESES PARA READEQUAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO ÀS NORMAS DE ACESSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO ESTABELECIDO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO DO RECURSO PARA REFORMAR A DECISÃO RECORRIDA, DETERMINANDO QUE A AGRAVADA PROMOVA AS ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS IMPOSTAS PELA LEI DE ACESSIBILIDADE, NO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS, NA ESTAÇÃO FÉRREA DE PACIÊNCIA. (TJRJ – 0016990 – 03.2019.8.19.0000 – AGRADO DE INSTRUMENTO – Des(a). CINTIA SANTAREM CARDINALI – Julgamento: 10/07/2019 – VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Neste sentido, o relatório médico e as fotografias colacionadas aos autos originários (docs. 0000041/0000045) comprovam a dificuldade de locomoção do autor e a falta de condições de acessibilidade da estação ferroviária de Agostinho Porto.

A situação posta em análise demonstra claramente a humilhação a que pessoas portadoras de deficiência estão submetidas diuturnamente, quando necessitam utilizar o serviço público de transporte, face o descumprimento dos prazos legais impostos para adequação de um direito fundamental que a Constituição da República quer que tenha efetividade imediata.

Não é por outra razão que a nossa Constituição cidadã de 1988 assegura a efetividade desses direitos fundamentais.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

- a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);
- b) das prerrogativas inerentes:
 - à nacionalidade (art. 12);
 - à soberania (popular arts. 14 a 16);
 - à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequências do preceito constitucional:

- 1º – alarga o campo da jurisdição de equidade;
- 2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;
- 3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais⁵.

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§1º – As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos.⁶ As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos⁷. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E foi esse milagroso remédio que se

⁵ Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver: TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. In: *Revista de Processo*, nº 5, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. 2ª edição. Editora Freitas Bastos, 2013. p. 133 e ss

⁶ Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemónios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas as opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada, COULANGES, Fustel de, *A Cidade antiga*, p. 233.

⁷ O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo

introduziu entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo, de “ferramenta forjadora de direitos”⁸.

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”,⁹ lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano: “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes. (...) Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente lhe seguir a evolução”.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram¹⁰.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato, de que não se trata de equidade individual (epiquéia), como acontecia, por exemplo, na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se em contrário, da

dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem estar do povo é a lei suprema. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*, p.293.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*. Revista do Ministério Público. Vol.I, p.54.

⁹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol.II, p.1 e s.

¹⁰ A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei., BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia*. p.252.

equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a lei, em seguida aplicada ao caso concreto¹¹.

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.¹²

2º – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social contra *legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

No presente caso, a falta de acessibilidade às pessoas com deficiência física nas estações de trem da Supervia deve ensejar medidas que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade do direito fundamental.

Portanto, a natureza do direito, somada à *omissão de 15 anos* no cumprimento dos prazos para implantação das medidas necessárias à efetividade do direito fundamental, expressam os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência.

A propósito, não se trata de tutela que expresse possibilidade de irreversibilidade do direito, nos termos do artigo 300 do CPC, uma vez que sua efetividade é imposta mesmo na ausência de lei, e com mais forte razão, quando a lei razoavelmente estipula prazo não observado pela concessionária.

Portanto, devem ser impostas medidas que aliviem o sofrimento das pessoas com deficiência e obriguem a concessionária a realizar as adaptações necessárias à adequação dos seus serviços aos preceitos das leis ordinárias que regulamentam os parâmetros de valoração do direito fundamental.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. In: *Revista de Processo*, nº 5. p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

¹² FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. In: *Revista Justiça & Cidadania* nº 34, p. 23.

Assim, usando do mesmo mecanismo de construção do direito a partir da equidade, a tutela cautelar, no caso, se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio.

Quando exerce jurisdição lastreada somente na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se tem decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.¹³

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção utilizado *ex-officio* pelo Ministério Público e reafirmado pelas manifestações da jurisdição referidas.

Nesse sentido, deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir a hipótese de falta de efetividade do Direito fundamental.

Desta forma, a tutela cautelar de urgência de efetividade de direito fundamental deve, como expressão de juízo adequado de equidade à situação posta em análise, determinar que:

1. A concessionária disponibilize funcionários nas suas plataformas de embarque, de forma a auxiliar as pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida;
2. Esse serviço seja prestado durante todo o tempo de utilização do transporte;

¹³ FONTES, André, *idem*, p. 23.

3. Seja possibilitado acesso em local diferente do ingresso dos demais passageiros;
4. Seja prestado auxílio até o embarque no interior do vagão;
5. Seja aplicada multa diária de R\$ 10 mil reais por dia de descumprimento das medidas;
6. Seja fixado o prazo de 60 dias para adequação de todas as unidades de embarque ao determinado pela lei ordinária federal;
7. Comunicação ao poder concedente, de que a concessionária está desrespeitando o artigo 46 e parágrafo 2º do estatuto da pessoa com deficiência, determinante da rescisão de contrato.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da decisão interlocutória por acórdão, deferindo a tutela de efetividade de direito fundamental nos termos referidos.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2019.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

Procurador de Justiça



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Improbidade Administrativa – o enfrentamento no Rio de Janeiro

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora
Transcrição: Jéssica Câmara
Edição – Versão 01: Nayara Cristina
Edição – Versão 02: Nataraj Trinta



Da esquerda para a direita: Dr. Marcio Klang, Dr. Rogério Pacheco Alves, Dra. Márcia Tamburini, Dr. José Muiños Piñeiro Filho e Dr. Cláudio Henrique

Apresentação: Dr. José Eduardo Ciotola Gussem

Bom dia a todos. Eu queria registrar mais uma vez a satisfação de participar desta 8ª edição do Programa Personalidades do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Hoje, contanto com a honrosa presença do Dr. José Muiños Piñeiro Filho, Procurador-Geral de

Justiça (1999-2003), que inclusive eu tive a honra de integrar a administração. Foi o primeiro Procurador-Geral de Justiça a confiar a mim um cargo. Na ocasião, inicialmente como Subcoordenador do Centro Regional de Apoio Administrativo de Nova Iguaçu. Posteriormente, criamos o Centro Regional de Nova Iguaçu e lá construímos a (1ª) primeira sede do Ministério Público do Rio de Janeiro. Então, Piñeiro, você que foi Procurador-Geral tão jovem, é uma grande satisfação recebê-lo aqui. Assim como Cláudio Henrique da Cruz Viana, colega, querido, contemporâneo e um dos precursores na atuação da Tutela Coletiva no Rio de Janeiro. Cláudio Henrique fez um trabalho pioneiro junto com inúmeros outros colegas e tem muito a acrescentar e a dizer aqui nesse programa de hoje.

Gostaria de registrar também, no segundo bloco, a participação dos colegas Márcia Tamburini e Rogério Pacheco Alves, ambos com atuação destacada na área da Tutela Coletiva. Tenho certeza que esse programa, que na realidade remeterá a uma exposição, contribuirá muito para preservar a memória do nosso Ministério Público do Rio de Janeiro.



Dr. José Eduardo Ciotola Gussem e Dr. Marcio Klang

Bloco 1 – Pingue-Pongue: José Muiños Piñeiro Filho e Cláudio Henrique C. Viana

MK: Quem é José Muiños Piñeiro Filho?

Muiños: José Muiños Piñeiro Filho, na verdade, é brasileiro, nascido em 7 de novembro de 1956, na Rua Santo Amaro, no bairro da Glória. Neto de português e espanhol, daí a origem do meu nome, filho do Advogado José Muiños Piñeiro e de Amélia da Conceição, caçula de 4 homens, casado com Márcia Rodrigues de Oliveira Piñeiro, Procuradora de Justiça. Pai de Débora, de José Neto, de Olavo e perto de ser avô de Catarina.

Em 1983, depois de 3 (três) anos de advocacia, ingressei no Ministério Público. Contudo, essa é uma história que começa em uma escola pública, no antigo primário (ensino fundamental), na zona da Leopoldina. Os clássicos ginásio e ensino médio, fiz no Colégio Marista São José, na Tijuca. Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), onde fiz a graduação em Direito, fui aluno de João Marcello de Araújo Júnior, que dá nome ao Centro de Memória (CDM/MPRJ), então Promotor de Justiça com atuação no Júri. Depois de 25 anos no Ministério Público, ingressei na Magistratura onde me encontro há 11 anos.

MK: Quem é Cláudio Henrique da Cruz Viana? Que apesar de Procurador, parece que é um estagiário.

Viana: Sou de Campos, estudei e comecei a trabalhar lá em Campos, no interior do Estado. Antes do MPRJ, cheguei a ser Promotor em Minas Gerais. Fiz a graduação na Faculdade de Direito de Campos, continuei estudando e cheguei a dar aula lá. Depois vim para o Rio de Janeiro, para a Comarca da Capital. Estive sempre em Promotorias ligadas à Tutela Coletiva. Em Campos, era titular de uma Promotoria que tinha delegação para atuar na Tutela Coletiva. Aqui, no Rio de Janeiro, atuei em uma Promotoria de Cidadania; posteriormente, fui Promotor da Cidadania em Niterói e, assim, promovido a Procurador. Com a promoção, passei a trabalhar com a Tutela Coletiva em 2º grau, no Tribunal de Justiça, onde sou titular hoje em uma Procuradoria de Tutela Coletiva. Em síntese, sou um Promotor de Justiça¹. O que eu posso dizer sobre mim é que eu devo muito ao Ministério Público. Não me sinto em nenhum momento credor da Instituição, ao contrário, acho que a Instituição fez muito por mim. Coincidentemente, fui

¹ No sentido de promover a justiça, não em relação ao cargo.

casado com uma colega de Ministério Público, então os meus dois filhos, Henrique e Antônio, um com 18 e outro com 15 anos, são bem do Ministério Público. Tenho uma vida muito ligada à Instituição, entrei muito novo como o colega falou. Imagina, quando eu entrei com 24 anos, muitas vezes fui chamado de estagiário. Entravam na sala e perguntavam quem era o estagiário, até hoje no Tribunal de vez em quando eu ouço umas questões assim.



Outubro/2010: Cerimônia de Posse como Procurador de Justiça do Dr. Cláudio Henrique. À esquerda: Dra. Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos e Dr. José Muiños Piñeiro Filho.

Bloco 2 – O que é improbidade administrativa?

MK: O que você entende por improbidade administrativa? O que é isso? O que é Improbidade? E quais são os tipos de conduta que configuram a improbidade administrativa?

Viana: A Improbidade é a desonestidade do agente público, em regra, em relação à administração pública, a coisa pública. Eu digo em regra porque, se um particular, junto com um agente público, colaborando com um agente público ou se beneficiando de um

ato de um agente público participa, ele também pode responder pelos atos de Improbidade Administrativa. A lei de Improbidade Administrativa é de 1992, do governo Collor. É ela que define as condutas de Improbidade Administrativa, assim, existem: as condutas de Improbidade que importam o enriquecimento ilícito do agente. Por exemplo, se um agente público, mesmo que temporariamente, exercer uma função pública se enriquecendo ilícitamente, este se aproveita da coisa pública.

MK: O enriquecimento é da essência da Improbidade ou não necessariamente?

Viana: O enriquecimento não faz parte da essência da Improbidade. A lei de Improbidade é muito ampla, então há modalidades de Improbidade: enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário, que não necessariamente importa o enriquecimento do agente, e há um tipo que é a violação aos princípios da administração pública. Esse último é bem aberto, muitas vezes até a lei de Improbidade Administrativa sofre algumas críticas no sentido de que ela é muito dura, porque os tipos são muito abrangentes. Mas o objetivo é esse mesmo, é ser abrangente, é ser duro com o trato da coisa pública. A Constituição Federal (1988) prevê que a Improbidade Administrativa precisa ser combatida independentemente das sanções penais e administrativas, trata-se de uma sanção autônoma.

MK: Desculpe te interromper, mas já te interrompendo. Uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa. O agente que comete Improbidade Administrativa, caso ele também cometa um crime de corrupção, ele vai responder pelas duas condutas?

Viana: Sim. É interessante sua pergunta, Márcio, porque a corrupção está abrangida como uma modalidade de Improbidade, mas a Improbidade não é só a corrupção. Pode haver um ato de Improbidade Administrativa, por exemplo, se um servidor público violar o princípio da moralidade administrativa beneficiando A ou B. Ele não necessariamente tem um proveito econômico ou causou um prejuízo ao erário, mas ele cometeu Improbidade Administrativa porque desviou a finalidade pública, a finalidade do ato administrativo. As sanções por Improbidade Administrativa são diferentes das sanções criminais, então um ato de Improbidade pode também ser um crime ou não. Ele está restrito, uma coisa não impede a outra e não necessariamente coincide. Tanto que a ação de Improbidade Administrativa é uma Ação Civil Pública, feita no cível.

Bloco 3 – As punições no âmbito da improbidade administrativa

MK: A questão da medida judicial na esfera da improbidade administrativa é extrapenal?

Viana: Sim. Na cível é extrapenal.

MK: Enquanto a corrupção é estritamente penal?

Viana: Pode ter uma corrupção que seja Improbidade Administrativa, assim sofrendo as sanções da lei de Improbidade: perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos, aplicação de multa e não sanções criminais. É claro que os atos de corrupção normalmente são definidos tanto como improbidade administrativa quanto como processo criminal. Mas são necessários dois processos, duas ações: uma na esfera criminal outro na esfera civil. Então, há sim uma acumulação de sanções. A ideia é essa, porque um agente público desonesto causa um mal imenso à coletividade. Uma vez que ele desvie, por exemplo, uma verba da saúde, ele afeta as pessoas que estão lá no posto de saúde, no hospital, sem atendimento. Isso serve para segurança pública, meio-ambiente, educação, saneamento, serve para tudo.

Assim, a ideia da Constituição Federal de 1988, artigo 37, parágrafo 4º, que prevê a possibilidade de punição por improbidade administrativa, é exatamente cercar por todos os lados as punições: é possível punição administrativa, punição no âmbito da improbidade e punição criminal, três esferas diferentes possíveis. Sobre a questão do tempo para o julgamento da ação, queria dizer o seguinte: a lei de Improbidade Administrativa sofreu um grande revés porque primeiro se criou um juízo prévio. Então, antes de receber a inicial, o juiz tem que ouvir aquele que está sendo acusado. Ele pode se defender, para só depois a inicial ser recebida. É uma peculiaridade na ação de Improbidade e isso atrasa muito seu andamento. O segundo revés foi a aprovação de uma lei, que já foi considerada inconstitucional pelo Supremo, que estendia o Foro por prerrogativa de função do crime para as autoridades que também respondiam por improbidade. Isso foi objeto de uma grande polêmica, foi uma grande luta, muitas ações ficaram suspensas até que se resolvesse se o foro era pertinente ou não. Aí eu ressalvo que, à época, foi importantíssima a visão que o Procurador-Geral Dr. Piñeiro teve. Ao criar os órgãos de Tutela Coletiva, era necessário ter um grupo de peritos, porque o Promotor preside um inquérito civil que investiga. Para investigar é necessária a presença de técnicos, é preciso fazer

perícias. Trata-se de um processo complexo por si só. A partir do momento que além de tudo há entraves jurídicos que fazem esse processo delongar...

MK: Junta “a fome com a vontade de comer”.

Viana: Exatamente.

Bloco 4 – Criação das promotorias na área da Tutela Coletiva

MK: Você foi o 13º Procurador-Geral de Justiça e, quando você assumiu, como é que era a atribuição do Promotor de Justiça no campo da Improbidade Administrativa? A lei de Improbidade Administrativa já estava em vigor desde 1992, quando você assumiu já existia uma estrutura relativa a isso. O que você encontrou e o que você fez nessa área?



Inauguração de Retrato - MPRJ: dez. de 2004

Muiños: Bom, é uma oportunidade de um resgate histórico, Márcio. Assumi em janeiro de 1999, portanto, estava em vigor entre nós a Lei Orgânica Estadual nº 28/1982. Uma lei anterior à lei da Ação

Civil Pública (1985), que introduziu um inquérito civil a ser presidido pelo Ministério Público e deu azo à estruturação para as Ações Civis Públicas, anterior à Constituição de 1988 e à Lei de Improbidade (1992). As atribuições para Tutela Coletiva: Cidadania, Consumidor, Meio Ambiente – hoje mais fracionado, felizmente – estava em mãos do Procurador-Geral de Justiça. Na verdade, o Rio de Janeiro era o único Estado que ainda tinha a concentração em mãos do Procurador-Geral, do chefe institucional. Isso não era correto, não era bom institucionalmente, porque tirava a independência dos membros do Ministério Público. Então, quando nós assumimos, propusemos um programa institucional que buscava primeiro transferir as atribuições para Promotores, criando Promotorias. Antes o funcionamento era por grupo, por delegação do Procurador-Geral. Segundo lugar, criar todo um corpo de estrutura, ou seja, não adiantaria nós termos Promotorias em todo o Estado se não tivéssemos um apoio estrutural. Esse apoio estrutural foi constituído primeiro por assessores especializados para atuação; em segundo lugar, por um corpo pericial. Isso porque o Ministério Público, na área criminal, tem as experiências oficiais: *Instituto de Criminalista Carlos Éboli*, *Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto*, enfim. Só que para área da Tutela, para área da questão da Improbidade, não havia órgão oficial. O Ministério Público tinha que fazer requisições burocráticas. Então, era necessário que nós tivéssemos um corpo de peritos para atuar em apoio ao Ministério Público, pelo menos na fase do inquérito civil. E, finalmente, no inquérito civil, o Promotor tinha e tem de oficiar as autoridades: o Prefeito, o Governador, aos Secretários de Estado. Para não depender sempre de ofícios burocráticos, nós tínhamos que ter um dirigente para fazer isso. Então, no ano de 2000, nós conseguimos preparar e aprovar, pelo Órgão Especial – Luiz Sérgio Wigderowitz, Márcio Klang que integravam o nosso Órgão Especial –, três projetos que a Assembleia Legislativa transformou em lei. Projeto um: mudar a Lei Orgânica para transferir para Promotorias a atribuição do Procurador-Geral. Desse modo, a atribuição do PGJ ficou restrita ao chefe de poder, como no caso do Governador, presidente do Tribunal de Justiça e presidente da Assembleia Legislativa.

MK: Deixe-me interromper por um instantinho. Deixa eu ver se entendi: o Procurador-Geral abriu mão de sua competência?

Muiños: Sim, abriu mão de atribuição. Era um dever institucional, nós não podíamos mais, àquela época, após Constituição de 1988, permanecer com essas atribuições nas mãos de uma única pessoa, uma única autoridade. Por mais competente que este fosse, tratava-se de

uma luta institucional que alcançamos com um pacote de três projetos. O primeiro era transferir as atribuições do PGJ para Promotorias e, por consequência, criar 34 Promotorias, o que foi realizado em janeiro de 2001; o segundo: criamos o Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ) e, por lei, 15 cargos de peritos. Para um destes cargos, convidamos, em junho de 1999, em uma reunião em Campos, na qual estava presente nosso coordenador Cláudio Henrique, a cartógrafa Maria José Lopes de Araújo, que está aqui até hoje. Ela foi a última funcionária, servidora federal, a vir para o Ministério Público autorizada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Foi ela quem estruturou, ajudando os Promotores que cuidavam da matéria à época, um projeto de lei criando 15 cargos de peritos em diversas áreas de especialização, entre os quais tivemos: arquitetos, contadores, biólogos, cartógrafos etc. Hoje parece que temos mais de 100 peritos à disposição.

E, finalmente, alterando a lei dos funcionários em uma revisão, nós criamos nossos Técnicos de Notificação e Atos Intimatórios, hoje chamados Oficiais de Justiça do Ministério Público. Além disso, foram criados 480 cargos de Assessoramento para membros: 120 para Procuradores e 360 para Promotores. Sendo que cada Promotoria, da área ambiental, da cidadania, do consumidor, da Tutela, teria necessariamente seu próprio assessor. Parece-me com isso que o Ministério Público deu um grande passo para o enfrentamento dessa questão.

Bloco 5 – Crime de corrupção e a improbidade administrativa

MK: Piñeiro, na sua ótica, qual seria o marco divisor ou qual seria a diferença básica entre o crime de corrupção e o ato de Improbidade Administrativa?

Muiños: Bom, didática e academicamente, podemos dizer que a Improbidade está na esfera civil, está na esfera administrativa, e a corrupção, como disse o Cláudio Henrique, está na esfera penal. Eu diria que há um sistema que envolve primeiro a diferença entre ilegalidade e improbidade. Felizmente o Brasil tem na sua legislação um grande sistema de enfrentamento ao mau gestor da administração pública. Isso é muito importante porque, muitas vezes, o gestor pratica alguma ilegalidade, culposamente, mas não quer dizer que seja desonesto. Desonesto é uma expressão importante, que o Cláudio Henrique citou para diferenciar o que é ilegal do ímprobo, aquele que é o desonesto ou o mau caráter

na gestão pública. Assim, nós temos o direito penal cuidando da corrupção. Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia nos ensinam que toda corrupção será um ato de improbidade, mas nem toda improbidade será uma corrupção. Claro que a corrupção exige os elementos de um tipo penal como o dolo e estar restrito à má gestão criminoso para atender interesses privados. Já a improbidade é mais ampla. Acho que o Brasil hoje está dotado de condições para enfrentar o mau gestor público.

Bloco 6 – Casos curiosos

MK: Piñeiro, você tem algum caso curioso que tenha te chamado a atenção nessa área de Improbidade Administrativa nas suas duas gestões como Procurador-Geral? Algum caso interessante ou que tenha tido repercussão na mídia?

Muiños: Bom, Márcio, na verdade, a minha atuação como Promotor – mesmo no interior, onde fiquei nove anos, e depois na Capital – sempre foi no Júri. Especializei-me na Tribuna do Júri. Depois, como Procurador-Geral, que fui enfrentar a questão da Improbidade Administrativa com aquela novidade da lei de 1992. Eu poderia dizer que no meu período como Procurador-Geral, ainda com as atribuições concentradas na figura do PGJ, lembro-me de Patrícia Silveira Rosa (hoje Procuradora de Justiça). Era fevereiro de 1999 e nós queríamos cuidar da questão ambiental. Havia um problema sério com a Baía de Guanabara, que persiste até hoje. Havia um navio do Greenpeace ancorado na Baía de Guanabara e nós achamos ali um motivo midiático, no bom sentido, para que o governo atendesse as necessidades de um plano de limpeza, despoluição e proteção ambiental da Baía.

Era um sábado chuvoso e eu, Márcia, minha mulher e Patrícia Silveira Rosa, que tinha atribuição ambiental por delegação, atravessamos a Baía de Guanabara e fomos a uma reunião com Axel Graef e o diretor do *Greenpeace*. Na reunião para traçar uma agenda em favor daquela questão ambiental, foi assinado o primeiro Termo de Ajustamento de Conduta com o Poder Executivo gerenciado com o apoio do *Greenpeace*. Isso é um fato que eu acho histórico, que é importante. A partir dali, vários outros Ajustamentos foram feitos. Claro que a Baía ainda não foi bem protegida, mas pelo menos o Ministério Público faz a sua parte.

Um outro caso que me recordo na época em que estava à frente da gestão foi um desafio. Logo que assumimos, em janeiro de 1999,

Antony Garotinho assumiu o governo do Estado. Na ocasião, a Secretaria de Justiça, sem licitação mais uma vez, havia renovado as chamadas “quentinhas para presos”. Essa renovação foi muito questionada, houve o que a mídia chamou de “escândalo das quentinhas”. Por meio da nossa atuação, foi levado à prisão um cidadão chamado Jair Coelho, que era o grande empresário que cuidava disso. Naquela ocasião, nós alertamos o governo que não aceitaríamos mais que não houvesse licitação para a área. Um ano depois, na Secretaria de Justiça, o fato se repetiu e aí foi um novo escândalo, mas nós conseguimos não só prender o empresário que cuidava disso, que estava envolvido, como o próprio Secretário de Justiça responsável sofreu a primeira ação por Improbidade da nossa gestão. Ele foi afastado do cargo e conseguimos recuperar boa parte do dinheiro mal gasto na ocasião.

Bloco 7 – Cláudio Henrique Viana - Casos curiosos

MK: Cláudio Henrique, você tem algum caso curioso para nos contar?

Viana: Tenho vários! O difícil é selecionar. Mas gostaria de falar sobre dois casos. Um é porque tem uma perspectiva um pouco diferente. Quando atuei em Campos, havia um inquérito importante de Improbidade Administrativa que envolvia a demarcação das lagoas. Campos, por ser uma baixada, existem lá muitas lagoas, inclusive a maior lagoa de água doce do Brasil. O que eu percebi é que, na verdade, aquela questão da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que exigia a demarcação das lagoas era um problema sério porque as lagoas vinham sendo invadidas por fazendeiros, por posseiros. Era uma questão ambiental muito grave! O importante daquilo ali era o que viria para frente, porque a Constituição estadual veio prevendo a obrigação de demarcar as lagoas. Na mesma época havia um inquérito por improbidade por não haver a demarcação das lagoas. O direcionamento que me pareceu mais importante naquele inquérito não era buscar punição porque as lagoas não foram demarcadas. Isso era reflexo de uma questão histórica. Isso se refere ao que o Dr. Piñeiro falou com relação ao que é ilegalidade e o que é improbidade. É difícil dizer que a demarcação das lagoas não acontecia por uma intenção de desonestidade dos administradores que passaram por ali.

MK: A ilegalidade não é por si só bastante, né!?

Viana: Exatamente. Então nós propusemos uma ação que acabou, no final havendo um TAC com o Estado do Rio de Janeiro para que houvesse a demarcação das lagoas. Foi o primeiro passo para preservar as lagoas! Considero, na minha trajetória, essa uma das vitórias mais importantes do Ministério Público.

MK: E foi cumprido?

Viana: O termo foi cumprido. As lagoas foram demarcadas. Então, de um inquérito que era por improbidade, o direcionamento foi diferente e acho que o objetivo de proteger o interesse público, o patrimônio público, foi alcançado. Houve outro caso, aqui do Rio de Janeiro, que diversos colegas passaram por ele, inclusive o Rogério Pacheco, sobre o “esquema das ONGs”. Verificou-se que o Estado do Rio de Janeiro, com verbas da Secretaria de Saúde nos valores que somaram mais de meio bilhão de reais (valores históricos na época) contratava a Fundação Escola de Serviço Público - FESP, que é um órgão do Estado. Para isso não precisava de licitação, então podia fazer um contrato sem licitação. A FESP, por sua vez, contratava uma ONG, uma organização não governamental, também sem licitação, e essa ONG contratava inúmeras outras ONGs que eram, em sua maioria, igrejas evangélicas muito pequenas. ONGs que depois se descobriu que nem existiam de fato. Então, na verdade, não era terceirização, era como uma quarteirização do serviço. Inicialmente o que se verificou é que essas contratações, subcontratações, terceirizações, eram para contratação de pessoal.

MK: Sem concurso!

Viana: Sim. Então o Sindicato dos Enfermeiros se insurgiu contra isso e a investigação se iniciou assim: contratação ilegal de pessoal. No decorrer da investigação, percebemos que aquilo era uma grande fraude porque nem aquelas pessoas que não poderiam ser contratadas por não terem feito concurso público eram efetivamente contratadas. Ou seja, havia um esquema no final que o pastor da igreja, enfim, o responsável assinava o cheque. Recebia um cheque de valor inferior a cem mil reais, para não cair nos controles do Banco Central. Na época eram R\$99.000,00 (noventa e nove mil reais). Ele assinava como se tivesse recebido essa quantia, mas por essa assinatura ele recebia quatrocentos, quinhentos reais, e o restante do valor era direcionado para o esquema de fraude.

MK: E isso com verbas da Saúde!

Viana: Sim. Como falei, isso foi descoberto com o trabalho de muitos colegas. Um trabalho muito bem feito, ajudado por denúncias anônimas. No Balcão da Cidadania, recebemos cheques anônimos. Entregaram lá. No final, concluímos que aqueles que estavam na ponta tinham pouca participação, foram mais que usados por aqueles que controlavam o esquema. Foram várias ações, que foram divididas por núcleos. Felizmente, o resultado, apesar do tempo, foi muito positivo.

Bloco 8 – Quem é Márcia Maria Tamburini Porto?

MK: Quem é Márcia Maria Tamburini Porto?

Márcia: Márcia Tamburini é a 4ª de seis filhos de um Oficial de Exército. Meu pai era General de Divisão. Minha mãe, com seis filhos, tinha que tomar conta deles, ainda mais naquela época! Ingressei no Ministério Público muito estimulada por um ex-Procurador-Geral que foi meu professor de Direito Processual Penal, Dr. Antônio Carlos Biscaia. É curioso porque, quando eu ingressei na Faculdade de Direito, na UNB, e depois vim transferida para o Rio de Janeiro, não tinha a menor ideia de que seria Promotora de Justiça. Nem pensava nisso. Eu queria ser diplomata. Àquela época, era rito de passagem ingressar na faculdade de Direito. Você não podia ser diplomata se não tivesse uma graduação em Direito.



Dr. Marcio Klang, Dra. Márcia Maria Tamburini Porto e Dr. Rogério Pacheco Alves

Quando me deparei com a matéria de Processo Penal, e meu professor era o Biscaia, falei: “Bom, agora me encontrei. É nessa Instituição que quero trabalhar! Eu quero pertencer a esta Instituição!”. Tempos depois, já Promotora de Justiça, eu tomei conhecimento que meu avô, pai do meu pai, foi Promotor de Justiça no Acre, depois juiz no Ceará e Desembargador. É curioso. Nunca soube disso até ser Promotora de Justiça. Comecei no Ministério Público em Volta Redonda. Passei por Caxias, Nova Iguaçu, trabalhando junto com o nosso Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, tanto na Central de Inquéritos de Caxias quanto em Nova Iguaçu.

MK: Duas comarcas “tranquilíssimas”, né?

Márcia: Tranquilíssimas! (risos). Fui do Júri de Caxias! Aquilo é um espetáculo de “tranquilo”. Depois vim para a capital, Promotoria Criminal, e passei a maior parte do meu tempo em Fazenda Pública. Ali me especializei. Quando promovida à Procuradora, fui para a Tutela Coletiva. Como tinha muita afinidade com o que já fazia na Fazenda Pública, era como se eu estivesse em casa. Os 13 anos de Fazenda se prolongaram e não senti tanto a dissolução de continuidade. Um detalhe: fui promovida junto com o atual Procurador-Geral. Não vou perder a oportunidade de fazer esse registro.

Encantei-me pelo Ministério Público desde o primeiro momento. Tenho talvez um amor exacerbado por essa instituição, porque...



Posse como procuradora da Dra. Márcia Maria Tamburini Porto (ao centro). À esquerda: Dra. Vera de Souza Leite, à direita: Dr. Biscaia.

MK: É apaixonante!

Márcia: É apaixonante! Não obstante todas as outras mereçam o nosso respeito, o *Constituinte* deu um papel ao Ministério Público de extrema relevância social. Carregar a função de defender a lei, exercer a fiscalização da ordem jurídica e atuar em defesa da sociedade me parece um dos aspectos mais relevantes do trabalho do Constituinte; ele tinha tanta consciência que, depois de um período de certa repressão... Eu não gosto de falar em “ditadura militar” até porque eu sou filha de “milico”, mas enfim... Depois de um período de atuação muito forte de governos militares, a Constituição de 1988 concedeu à sociedade uma relevância que ela já não tinha há muitos anos e entregou esse papel de relevo ao Ministério Público. Então, atuar em defesa da sociedade, acho que esse é o móvel de cada um de nós que integra a Instituição.



Dr. Rogério Pacheco Alves

Bloco 9 – Quem é Rogério Pacheco Alves?

MK: Quem é Rogério Pacheco Alves?

Pacheco: Rogério Pacheco Alves é torcedor do fluminense, carioca, morador do Leme, mas criado no bairro boêmio do Estácio, e filho único de pais amorosos. À semelhança do Dr. Piñeiro e do Dr. Cláudio

Henrique, teve a maior parte da formação escolar e acadêmica em instituições públicas, que hoje estão sendo alvo de ataques. O que é de se lamentar. Algo que não devemos permitir!

MK: Você estudou em qual universidade?

Pacheco: Graduei-me pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), na Faculdade Nacional de Direito. Sou oriundo de uma escola de ensino médio do Estado, escola pública, e, antes disso, passei por uma escola municipal. O mestrado em Sociologia e Direito cursei na Universidade Federal Fluminense (UFF). Só no doutorado, tive o meu primeiro contato com uma instituição privada, a Pontifícia Universidade Católica (PUC), que é uma instituição privada que tem todo jeitão de instituição pública por ser uma instituição filantrópica. Essa minha trajetória, sobretudo em instituições públicas de ensino, me honra muito.

No Ministério Público, ingressei aos 24 anos, como Cláudio Henrique. Passei por comarcas do interior e muito cedo fui convidado a trabalhar na Assessoria Criminal na gestão do Piñeiro. Ali conheci figuras muito emblemáticas, muito importantes para minha formação, destaco o Dr. Adolfo Lerner. Ele era um personagem no Ministério Público. Uma figura queridíssima que muitos aqui conheceram e com quem eu aprendi muito. Era um contador de casos, enfim, maravilhoso.

Atualmente trabalho em uma Promotoria de Educação e voltei à UFF na qualidade de Professor no Departamento de Direito Processual. Sou casado com a advogada Priscilla Pacheco Alves. Sou pai da Malu e da Duda, duas meninas. Os senhores podem imaginar que, na minha casa, com a minha mulher, duas filhas, mais a nossa ajudante, eu sou uma minoria oprimida.

Bloco 10 – Quem pode praticar improbidade e quem pode mover ação contra?

MK: Quem pode praticar a improbidade? E quem é legitimado para a propositura da ação relativa à improbidade?

Márcia: Quem pratica improbidade administrativa é o servidor público. Agora, esse servidor pode ser tanto aquele concursado quanto aquele que foi investido por qualquer forma de investidura: por designação, por nomeação, por eleição, enfim... É servidor

público ou não. O que nós percebemos é que a lei de improbidade concedeu ao termo “servidor” uma amplitude que me parece muito assemelhada com aquela descrita no Código Penal. Servidores públicos são todos aqueles que de certa forma atuam naquelas entidades de administração direta, indireta, fundacional ou de todos os entes, de todos os poderes da federação, inclusive na União, Estados, Municípios e Distrito Federal. São também todos aqueles que trabalham em colaboração com o poder público. Todos esses estão sujeitos às sanções de improbidade administrativa porque, no seu atuar, podem ou não praticar diretamente ou contribuir de um modo ou de outro para prática de um ato de improbidade administrativa. Na verdade, Márcio, podemos ver na lei os sujeitos ativos de um ato de improbidade administrativa nos artigos 2º e 3º que delinham isso com muita perfeição. Quem está sujeito a receber essa ação de improbidade são todos os entes da administração direta, indireta e fundacional, como eu falei. A lei também determina quem são os legitimados ou as pessoas que são designadas para atuar na defesa do patrimônio público. São as pessoas jurídicas interessadas e o Ministério Público. E não poderia ser diferente, até porque, sendo o fiscal da ordem jurídica e incumbindo a defesa dos direitos sociais, individuais indisponíveis, nada mais relevante para o Ministério Público ou para sociedade como ter o Ministério Público como autor e fiscalizador desses atos de improbidade administrativa. Como Dr. Cláudio Henrique falou aqui, a improbidade não é só um desvio ou uma violação àqueles três dispositivos: artigos 9º, 10 e o 11 da Lei nº 8429. A improbidade é muito mais! É a ofensa à própria dignidade da função pública, é a ofensa à probidade. O artigo 1º nos dá a direção quando diz que as pessoas ou entes da administração direta, indireta e fundacional de todos os poderes, portanto, pessoas jurídicas, na qualidade de legitimados, junto ao Ministério Público, podem atuar em defesa do patrimônio público, do interesse da sociedade em reprimir uma conduta que em tese é ofensiva à moralidade pública. O legislador concedeu aos legitimados ativos a possibilidade de lançar mão de medidas cautelares.

Bloco 11 – Foro privilegiado

MK: No âmbito da improbidade, existe essa prerrogativa de foro?

Pacheco: No bloco anterior esse tema já apareceu. Este é um dos grandes dilemas da lei de improbidade desde o seu nascimento. Duas grandes questões atormentam, digamos assim, a eficácia

da lei e essa é uma delas. Uma é sobre a própria aplicabilidade ou não das sanções previstas na lei aos agentes políticos, que, na verdade, são discussões distintas, mas que muitas das vezes se cruzam. A segunda indagação é quanto ao campo de incidência à questão da competência. Uma vez definida incidência, qual será o juízo que vai analisar o processo? Isso é uma discussão que parece não ter fim, muito embora hoje o Supremo Tribunal Federal (STF) já tenha assentado que os casos de foro especial ou foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, ou o nome que se der, são exclusivos da esfera criminal. Até porque é dessa forma que eles estão disciplinados no texto Constitucional. A Constituição quando fala no foro por prerrogativa de função se refere às ações penais e a mesma Constituição deixa muito claro que a aplicação das sanções de improbidade se dará sem prejuízo da aplicação das sanções penais, criando uma independência dessas esferas, uma distinção que também já foi abordada aqui. Na verdade, a discussão mais ampla sobre a incidência ou não do foro diz respeito à justificativa do foro por prerrogativa. Talvez a gente possa hoje tentar discutir se o foro é conveniente ou não. Algumas justificativas indicam que serviria para conferir maior estabilidade política. O foro se justificaria em razão da relevância política ou jurídica de algumas autoridades da República. Esse argumento se conecta com o primeiro. Mas me parece que a razão principal é: o foro existe, embora ele possa ser criticado, para garantir a imparcialidade do julgamento. O foro pressupõe que algumas autoridades, por sua relevância política ou jurídica, devam ser julgadas por um juízo imparcial e somente os tribunais teriam essa capacidade. Assim, o que se entende é que um juiz de primeira instância, muitas vezes, um juiz ainda em estágio probatório, numa comarca do interior, por exemplo, não gozaria de independência suficiente para julgar um prefeito, julgar um governador etc. Tudo isso é muito questionável. Na verdade, acho que é chegado um momento de uma reflexão mais profunda da academia, dos Tribunais, do Ministério Público quanto a essa prerrogativa. A questão é: ela tem funcionado? Quais são os resultados dos julgamentos feitos pelos Tribunais? Recentemente eu dizia para os meus alunos da UFF que como eles são muito jovens, talvez tenham a impressão de que os Tribunais e o Supremo, desde sempre, foram Tribunais eficientes no processamento das ações penais. Mas nem sempre foi assim. Até muito recentemente, o Supremo tinha um único caso de condenação na esfera penal. O caso era de um deputado de Goiás que tinha um apelido engraçado, Didico. Imagino que fosse um sujeito que no parlamento fosse

um espanta bolinho, sabe aquele que chega e todo mundo foge? Porque era um baita azarado! O único caso da história do Supremo de condenação. Depois do Mensalão, ou a partir dele, isso muda. Mas é preciso entender que historicamente os tribunais, sobretudo, o STF, nunca demonstraram muita aptidão, digamos assim, para o processamento dessas autoridades no âmbito penal.

MK: Deixa-me interromper um instantinho. É impossível uma corte composta de 11 juízes, tendo em vista a quantidade de incidentes e de fatos envolvendo Improbidade, envolvendo corrupção, principalmente da área penal, que vão desaguar no Supremo Tribunal Federal, dar conta daquilo. Quer dizer, na realidade, hoje em dia, parece-me muito mais a ideia dessa prerrogativa de função ser defendida como um entrave à efetiva punição, à efetiva execução da pena, do que propriamente pelo fato deles não terem talvez a intimidade com a área penal. Lembro-me que, uma vez, um ministro da Suprema Corte norte-americana estava se aposentando e perguntaram a ele: “Escuta, qual foi o caso de maior repercussão que o senhor teve enquanto estava lá, nos seus 12 anos de atuação?” Ele disse assim: “Bem, dos 50 processos que eu atuei...”. Em 12 anos, 50 processos. Aqui no Brasil se têm 50 processos numa pauta! Então é impossível o Supremo, mesmo que ele queira trabalhar 50 horas por dia, dar conta da quantidade de processos que lá deságuam. E essa talvez seja a ideia, “Não tem prerrogativa de função, vai prescrever”. Desculpe interromper, mas já interrompendo.

Pacheco: Sim, exatamente. Além de questões operacionais, de toda dificuldade de processamento dessas ações perante o Supremo, na verdade trata-se de uma deturpação. O Supremo Tribunal Federal deveria exercer o papel de uma Corte Constitucional. A Suprema Corte norte-americana é uma Corte Constitucional. O Tribunal Constitucional Alemão é uma Corte Constitucional. As Cortes servem para definir as grandes questões jurídicas, a interpretação de grandes temas constitucionais. Isso é o que se espera de uma Corte Constitucional. E não que ela seja transformada em uma vara criminal, que é hoje o que se tem. Por outro lado, pelo menos em tese, talvez os Tribunais tenham realmente uma independência maior para julgar algumas autoridades. Então, a gente precisa parar para refletir de uma forma mais profunda sobre o foro. Confesso que já fui mais enfático na crítica ao foro, mas talvez a gente precise encontrar um meio termo.

Bloco 12 – A demora no julgamento das ações de improbidade

MK: Por que as ações de Improbidade Administrativa ou as ações que buscam a punição dos atos de improbidade demoram tanto para serem executadas?

Márcia: Demoram muito. E o julgamento dura em torno de seis anos. Mas demora por algumas razões. Acho que o Dr. Cláudio Henrique já delineou um pouco essa questão aqui. A complexidade das ações de improbidade administrativa exige uma prova mais aprofundada. Nesse contraditório prévio, que é o recebimento da ação de improbidade, e antes do recebimento a oitiva daquele sujeito, aquele agente público que praticou o ato, para que o Ministério Público não seja surpreendido com uma rejeição, um indeferimento daquela inicial, a prova produzida na fase inquisitorial precisa ser robusta. Trata-se de uma prova essencialmente documental porque normalmente esses atos de improbidade são praticados no seio de órgãos públicos. E, portanto, a administração pública é essencialmente formal.

MK: Há procedimentos administrativos...

Márcia: A documentação está ali. O Ministério Público e o Promotor de Justiça se deparam com as dificuldades que são colocadas pela própria administração. Oficia a administração e a administração demora cerca de seis meses pra responder um ofício do Promotor. O Promotor faz novo ofício reiterando, advertindo das sanções do artigo 10 da Lei de Ação Civil Pública e do artigo 11 da Lei de Improbidade. Ou seja, o Promotor se esforça ao máximo, mas, enquanto isso, o tempo está passando. Só do recebimento da ação de improbidade já tem toda essa “sorte” de recursos. Depois ocorre o agravo do agravo, embargos... Aí embargam com fins prequestionatórios para fazer subir, enfim. O que fazem para retardar a conclusão de uma ação de improbidade administrativa, a meu ver, e com todas as vênias a quem pensa o contrário, me parece até resultado do próprio proceder do agente público. É claro que tem a questão do princípio da ampla defesa, mas me parece que o uso excessivo da ampla defesa esbarra também no princípio da moralidade.

Bloco 13 – Termos de Ajustamento de Conduta

MK: Rogério, as questões objeto das ações e inquéritos civis de improbidade administrativa podem ser objeto de um Termo de Ajustamento de Conduta, os famosos TACs. Essas transações... O TAC nada mais é que uma transação, um acordo. Essas transações têm sido bem sucedidas na prática? Ou seja, existe alguma avaliação em termos de qual é o percentual daquelas condutas prometidas que têm sido efetivamente cumpridas? Você pode falar um pouquinho sobre isso? Como é que isso tem, na prática, funcionado?



Dr. Rogério Pacheco Alves

Pacheco: Márcio, eu tenho uma visão crítica com relação a essas transações no âmbito da improbidade administrativa. Não porque entenda que elas não devem acontecer, mas porque de fato nós não temos um marco legal que me pareça essencial para que elas possam ocorrer dentro de um ambiente de segurança jurídica. Ao contrário de autorizar as transações da improbidade, o que a lei de improbidade diz é que elas são proibidas. Elas são vedadas. É o que aparece lá no parágrafo 1º do artigo 17. O artigo diz claramente que os acordos, as transações, não podem ser celebrados no âmbito da

improbidade. É claro que a lei, que é de 1992, precisa ser aperfeiçoada. Não há dúvida. Não há dúvida também de que essa vedação legal gera situações de incongruência, porque algumas condutas podem ser, por exemplo, objeto de transação penal, porque são infrações de menor potencial ofensivo, mas não se pode celebrar uma transação no campo da improbidade. Em alguns casos, você tem a delação premiada e isso vai gerando uma certa incongruência dentro do sistema sancionatório. Então, nunca questione a necessidade de aperfeiçoamento da lei de improbidade, mas me parece que isso precisa ser objeto de alteração legislativa. Há uma série de dúvidas, uma série de questões que só uma atualização da lei seria capaz de resolver. Por exemplo, a Márcia falou da questão de legitimidade. Quem teria legitimidade pra celebrar a transação da improbidade? Só o Ministério Público ou também a pessoa jurídica lesada? Pelo sistema atual, não haveria nenhuma razão para dizer que a pessoa jurídica lesada não teria legitimidade, porque se ela pode propor a ação, por que ela não poderia transacionar? Mas nesses casos o Ministério Público necessariamente participaria? Uma outra dúvida: haveria necessidade de homologação judicial? Ou não? Sendo celebrado pelo MP, bastaria o controle do Conselho Superior? Quais são os requisitos? Quais são os parâmetros? Reparação integral do dano sempre que houver: ok, isso é um consenso. Mas as sanções poderiam também ser objeto de transação? Quais sanções? Apenas a multa? Você poderia ter na transação a suspensão dos direitos políticos, por exemplo? É uma sanção gravíssima. Há necessidade de participação de um advogado? Enfim... São tantas as questões! Trata-se de um direito subjetivo do investigado ou é um ato discricionário do legitimado? E a questão da prescrição? Suspende-se? Interrompe-se? E o caso de descumprimento? Na Suécia parece que é muito comum o descumprimento de TACs, parece que lá é muito comum, aqui no Brasil não. Descumpriu o TAC, o MP pode propor a ação de improbidade ou ele executa? Há tantas dúvidas, há tantas questões!

MK: É um sistema complexo.

Pacheco: Essas dúvidas todas são respondíveis? Claro que são. Mas me parece que quem deve dar resposta a essas indagações é o legislador, porque o Cláudio Henrique pode ter algumas respostas para essas questões, eu posso ter outras, Márcia outras, o Desembargador Piñeiro, o Procurador-Geral, e isso gera um ambiente de insegurança jurídica. Isso é muito preocupante. E isso gera também, Márcio, a falta de parâmetros legais e um voluntarismo. O Ministério Público, sem dúvida alguma, é uma Instituição que, dentro do desenho Constitucional, recebeu

um grande prestígio, como já foi dito aqui. Nós Promotores, Procuradores, Procuradores da República somos personagens importantes dentro desse sistema de controle da administração pública, mas isso deve ser feito dentro dos marcos legais de acordo com o devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa e a todas as garantias Constitucionais. Quando esse trabalho de combate à corrupção se torna um trabalho voluntarista, por mais importante que seja, ele começa a se aproximar fortemente do cometimento de abuso e de ilegalidades. Isso me preocupa muito.

Bloco 14 – A questão da desonestidade

Márcia: O Cláudio Henrique deixou bem claro que o que se pune na lei é a desonestidade do agente público, servidor ou não.

MK: Eu vou pegar carona na sua observação. Se a conduta do servidor não é ilegal, mas ela é abusiva, caracteriza a improbidade?

Márcia: A meu juízo e entender, sim. De certa forma, ele ofendeu um dos princípios do direito administrativo. São princípios matriz Constitucional que todo servidor tem por dever respeitar. O Cláudio falou na desonestidade e eu tenho um exemplo que vai deixar bem clara essa questão para aqueles que não estão muito familiarizados com a improbidade administrativa. Uma professora de um município acumulava uma matrícula no Estado. Depois ela pediu licença da matrícula do município para prestar concurso para outro município. Ela obteve êxito. Ela estava licenciada quando foi aprovada. A administração deveria chamá-la e dizer: “Olha, você está ilegal, opte por um desses cargos que você está acumulando ilegalmente”. Ela ficou três meses com acumulação de 3 cargos públicos. A percepção vencimental era: um de R\$680,47, e no outro de R\$1.020,00. Ela era chefe de família, mantinha a mãe, os filhos, e uma irmã doente. Essa servidora, professora, pratica improbidade administrativa? Será que houve uma desonestidade? No momento que ela foi chamada, imediatamente se exonerou. Para você ver o oposto disso. Em um caso semelhante, com essa mesma situação de acumulação de 3 cargos. Mas quando outra servidora foi tomar posse no último cargo, ela tinha que preencher uma ficha e admitir se tinha ou não o exercício cumulativo. Se ela já possuía matrícula em município ou Estado. Primeiro ela colocou que sim. Depois ela riscou, adulterou e disse que não tinha. Estou trazendo esse

exemplo para ver que na primeira hipótese você não pode imputar aquela servidora nenhuma desonestidade. Mas, na segunda, há acumulação também de três cargos e uma intenção dolosa de omitir uma real situação. Então, essa professora respondeu por improbidade administrativa e eu sustentei a improbidade dela no Tribunal, mas não fiz a mesma coisa em relação à primeira. Porque a honestidade é que funciona como um divisor de águas para atuação do aplicador do Direito.

Bloco 15 – Perguntas da Plateia: O MP pós 1988

PGJ: A pergunta é para todos, mas vou dirigi-la inicialmente ao Piñeiro. A Constituição de 1988 trouxe um novo formato para o sistema de justiça, principalmente, para o nosso Ministério Público. Nos primeiros anos, houve um empenho muito grande para implementar a autonomia administrativa, financeira. O resultado é essa estrutura que temos hoje como, por exemplo, o nosso GATE. Como vocês veem a evolução desse sistema de justiça pós 1988, principalmente, com reflexos diretos no Ministério Público? Como vocês veem a evolução do Ministério Público de 1988 para cá e qual é esse momento que nós vivemos atualmente?

Muiños: A Constituição de 1988 é um marco para todos nós, não há dúvida nenhuma. Porém, se está na Constituição como princípio que a República Federativa do Brasil é um Estado democrático de direito, o único órgão que na Constituição está expresso como defensor desse Estado democrático é o Ministério Público, artigo 127. Nenhum outro órgão, instituição ou poder tem expressamente pela Constituição esse marco; essa obrigação e responsabilidade expressa pela Constituição. Então, meu caro Gussem, isso já é um divisor de águas. A Constituição deu ao Ministério Público essa responsabilidade. O Ministério Público se estruturou no país, evidentemente foi crescendo, foi enfrentando dificuldades, principalmente resistências. Veja, nós contamos o caso do Rio de Janeiro, inclusive, não foi fácil transferir as atribuições do Procurador-Geral para as Promotorias especializadas. A Assembleia Legislativa não via isso com bons olhos e houve resistências também internas. Mas há uma cultura, há um trabalho, há uma mentalidade. Então, acho que o Ministério Público não só cumpriu sua missão, ele soube responder. O Ministério Público hoje no Brasil, seja o Federal, seja o Estadual... E o Federal até naturalmente agora ocupou um espaço que sempre foi do Ministério Público Estadual.

Nós queremos não disputar, porque todos têm a sua missão. Mas numa enquete popular sempre eu vejo que o Ministério Público está entre as 3 instituições mais respeitadas. Ou seja, eu acho que ele se desdobrou, agiu com seriedade. Claro que teve os seus equívocos, certamente! Até porque é da natureza humana. Mas institucionalmente ele soube responder em todas as esferas. Diria mais: eu sou Promotor que veio do Júri, mas não há dúvida, aquele Promotor do Júri que era vitrine do Ministério Público, de certa maneira, ficou acobertado. Hoje a sociedade identifica o Promotor nas Ações de Improbidade e essa que é a responsabilidade. Acho que é um novo Ministério Público. Não que os anteriores não fizeram. Cada um cumpriu a sua missão. Eles tinham as armas da época e a usaram muito bem. Com denodo, mas com legalidade.

Viana: Acho muito interessante essa questão porque, nos meus 27 anos de Ministério Público, o que pude verificar é que, muitas vezes, o Ministério Público teve que “correr atrás do prejuízo”. A Constituição Federal deu um perfil totalmente diferente à Instituição, mas e os instrumentos para realizar aquilo? A lei de improbidade administrativa é um exemplo aqui no Rio. Ela é de 1992, mas só em 2001 que efetivamente foram ter Promotorias especializadas devido a diversas questões: orçamento, estrutura administrativa, aparelhamento do Ministério Público, equipe de perícia... Se você for olhar a lei da Infância e Juventude vai perceber isso também. Ela veio e mudou totalmente como se tratava com a criança e o adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é da década de 1990. Nesse caso, o MP também teve que correr atrás para se estruturar. Com essas situações, eu diria o seguinte: já conseguiu muito, já avançou muito, como o Dr. Piñeiro comentou. E acho que agora a gente passa por um momento em que a gente começa a ter mais maturidade nessas atribuições. Porque em tudo o que é novo, tudo o que começa, tudo o que é pioneiro, a gente acerta e erra. O Rogério falou um pouco antes do voluntarismo e muitas vezes é isso. Na área ambiental, teve uma época que o Ministério Público achou por bem adquirir uns decibelímetros, por conta de reclamações de poluição sonora. Depois chegamos à conclusão que não cabia ao Ministério Público ter decibelímetro e começar a querer tomar conta se tem ruído ou não. Isso é a administração pública que tem que fazer! Os municípios que têm que estar dotados disso. O que nos cabe é cobrar que o município tenha essa postura. Fiscalizar para que exista.

Márcia: O Ministério Público que nós ingressamos, Cláudio Henrique, eu, Dr. Piñeiro também, bem lá atrás, dispunha de pouco instrumental para levar a cabo as suas funções e as suas atribuições. Era um esforço pessoal de cada Promotor de Justiça. Hoje o Ministério Público está se instrumentalizando com todos esses instrumentos de Tecnologia da Informação para facilitar a atuação do Promotor de Justiça. Aqui no MPRJ, nós temos o *MP em Mapas*, que faz um apanhado bem preciso, por exemplo, das áreas de grande risco, as áreas dominadas pela milícia e isso facilita o trabalho do Promotor de investigação penal. Nós temos aqui o *Laboratório de Orçamento e Políticas Públicas*, que faz todo um trabalho de levantamento e acompanhamento da execução orçamentária, tudo isso é ferramenta de TI, de Tecnologia da Informação, que hoje o Ministério Público disponibiliza aos seus integrantes.

Quando ingressei, imagina, isso era um sonho que acho que nenhum de nós ousava sonhar. Nós trabalhávamos com aquela máquina de escrever enorme, escondidos atrás de um pedacinho de espaço. Hoje o Promotor de Justiça tem a sua disposição um aparelhamento que nós não tínhamos na nossa época. O que eu quero dizer com isso é que o Ministério Público está sim acompanhando a evolução e as transformações sociais. E nisso me parece que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também exerce um pioneirismo.

Muiños: Hoje estou no judiciário e essa questão do mapeamento que o MP faz em todas as áreas, para se organizar, se estruturar, conseguir alocar recursos físicos e estruturais para as áreas que mais precisam é fundamental. Esse recurso é utilizado por outras instituições. Poucos sabem disso, mas o próprio judiciário do Rio leva em consideração o que o Ministério Público está fornecendo, porque isso não está reservado para uso apenas do Ministério Público. Então essa é a realidade: o Ministério Público se estruturando para melhor gerir sua função e a sociedade ganhando com isso.

Pacheco: Concordando com tudo o que foi dito aqui, só um pequeno complemento. Esse Ministério Público que já está mais maduro e teve que ficar correndo atrás do prejuízo, como disse o Cláudio, e que hoje também acompanha as mudanças da sociedade e até inspira as outras instituições... Acho que há uma questão que é muito importante, que tem sido observada pelo Ministério Público do Rio, que é capacitação dos membros e de seus servidores. Até parabênizo o Gussem porque o Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso IERBB/MPRJ tem feito um

trabalho muito bom na criação de cursos de pós-graduação, de cursos a distância. Mesmo esse Promotor do modelo tradicional do Júri precisa dispor de conhecimentos interdisciplinares, ainda que nessa atuação tradicional. O Felipe, nosso colega, que está lá na Cidadania esse mês, e também é do GAESP, se eu não me engano, me falou que na semana passada o GAESP fez um grupo de estudos e convidou um Sociólogo que estuda milícias há muitos anos. Alguém da academia para falar sobre a pesquisa de milícias. Veja só como não dá mais para o Promotor ou Juiz trabalhar dentro do marco dogmático. Não dá mais pra ficar na discussão sobre tentativa, se tem dolo eventual. As questões dogmáticas que o concurso exige que a gente estude não são mais suficientes. Aquela coisa meio decorada etc. Esqueça tudo porque aquilo ali não é a vida, não é o real. Então, eu achei muito interessante essa experiência do GAESP e tudo o que tem sido feito no IERBB para incrementar essa formação do profissional. Tenho visto Promotores com 23/25 anos de MP voltando à sala de aula, voltando a estudar, se aperfeiçoando porque não dá mais. As demandas novas dessa sociedade complexa exigem outro tipo de preparação. Outro exemplo é a inteligência artificial e direito. É a máquina dando um resultado, mas esse resultado não será objeto de uma crítica humana? E essa crítica tem que ser interdisciplinar. Esse é o investimento que já está sendo feito e deve ser aprofundado cada vez mais.



Da esquerda para a direita: Dr. Marcio Klang, Dra. Márcia Tamburini, Dr. Rogério Dr. Pacheco Alves, Dr. José Muiños Piñeiro Filho e Dr. Cláudio Henrique

Bloco 16 – Avaliando a Instituição

Muiños: Eu queria fazer, Márcio, uma referência. É muito comum as instituições no âmbito jurídico – Ministério Público, Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Defensoria Pública, advocacia – serem objeto de avaliação, reavaliação e críticas no meio acadêmico, nos seminários. De lá vêm críticas, muitas vezes corretas, às vezes exagerada, mas sempre com algum fundo para nos levar a reavaliar. As instituições são corporativas, mas eu quero dizer, e aqui está o Procurador-Geral, me parece ter sido iniciativa dele e de seu Assessoramento. Pela primeira vez, que me recordo, uma Instituição, sem prejuízo de independência funcional, sem prejuízo de garantir a atuação ministerial, se permitiu discutir seus eventuais equívocos em um caso concreto como foi Nova Brasília. Eu acompanho o Ministério Público por todos os motivos e tomei conhecimento, Gussem, que houve uma autocrítica. Nunca tinha visto isto institucionalmente. As instituições costumam ser corporativas ao analisar a questão. É uma questão que até penso um pouco porque, em 2000, eu fui à OEA para apresentar a defesa das duas chacinhas e mais essa tecnicamente. Então eu parableno, isso é amadurecimento. Isso é uma forma de reavaliação interna, de capacitação. O voluntarismo é necessário. Eu acho que o jovem que ingressa na Magistratura, no Ministério Público, na Defensoria, o advogado, se não tiver esse certo excesso, que é compreendido, claro, ele não vai ser um bom profissional. Mas deve saber o momento de reavaliações. Parabéns, o Ministério Público deu um exemplo! Não sei se isso teve divulgações maiores, mas foi a primeira vez que tomo conhecimento que uma instituição se reavaliou cortando na carne, verificando seus equívocos, que é o que foi feito.

Bloco 17 – Perguntas da Plateia – A especialização das promotorias

Sérgio: Gostaria de dirigir três perguntas, uma ao Dr. Cláudio, uma para o Dr. Rogério e uma aos demais membros. Dr. Cláudio, o senhor que atuou no Conselho do Ministério Público, acha que deveria haver uma separação ou uma especialização na atuação das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva? Ou seja, tentar estabelecer que as Promotorias só pudessem ser ocupadas por membros que tivesse realmente vocação com a matéria? O senhor acha salutar que muitos Promotores diferentes tenham acesso ao mesmo inquérito enquanto a forma de atuação e investigação diferentes? Aos demais membros da mesa, tem um texto, uma provocação do Dr. Ayrton Florentino

de Barros, que é um ex-Procurador de Justiça de São Paulo. Ele sustenta que o “toma lá, dá cá” no âmbito político, no Congresso, principalmente legislativo, poderia ser um ato de Improbidade Administrativa. Gostaria de saber a opinião de vocês nesse caso, se vocês entendem da mesma forma.



Gravação da entrevista

Viana: Obrigado, Sérgio, pela pergunta. Sou a favor da especialização. Acho que precisamos da especialização. É um caminho natural. Mas eu me preocupo um pouco com o excesso de especialização. No caso do Ministério Público e das Promotorias, eu tenho certa dúvida em relação a se criar uma Promotoria especializada em um assunto. Você só tem um Promotor de Justiça para resolver aquele assunto. Isso parte um pouco para a segunda parte da sua pergunta, a preparação do Promotor para aquela questão. É claro que se você tem um Promotor vocacionado, que vai estudar, fazer pós-graduação, mestrado, realmente ele vai se tornar um especialista naquela área. Mas pelo ponto de vista da instituição, não é perigoso ter um Promotor só que tenha o *know-how*? O Ministério Público só pode contar com ele para tratar daquela questão? Não é importante

ter vários colegas atuando naquele assunto? Eu acho que esse é um divisor que me parece importante para o Ministério Público. Se a especialização tiver que ser tão grande a ponto do trabalho do Ministério Público ficar dependente de um único órgão, você passa a ter várias questões, inclusive que não são boas para o colega, porque gera sobrecarga em todos os sentidos. Sou extremamente a favor da despersonalização. Quem está sempre atuando é o Ministério Público. Nós somos passageiros, estamos em um órgão ou em outro. Ninguém é dono do Ministério Público, ninguém é dono do órgão. Então para mim a distinção é a seguinte: todos nós também temos que estar qualificados para atuar a altura.

Pacheco: Bem, digitalização de inquérito civis: sou a favor, desde que os sistemas não sejam sistemas infernais. Ou seja, desde que a gente não precise ficar uma tarde inteira para ler um inquérito só. Isso é coisa de gente mais antiga. A questão do prazo prescricional da lei de improbidade: talvez o problema não seja o prazo em si, mas a dificuldade de interpretação da lei. Porque você tem duas situações distintas: o que exerce mandato e o servidor efetivo. O que exerce mandato, o prazo só começa depois do término do mandato, mas ele pode se reeleger. Enfim... Há tantas questões, há tantas dúvidas que surgem dali, talvez fosse melhor uma alteração legislativa que deixasse mais claras essas situações, mesmo que mantivesse o prazo de cinco anos. Não acho que esse tempo seja tão exíguo, mas o problema são as dúvidas de interpretação. Quanto à especialização, vou falar uma coisa muito impopular, mas eu acho que talvez a gente já tenha maturidade suficiente para discutir os critérios de merecimento, de remoção e promoção por merecimento a partir de um balizamento objetivo. Quando eu ingressei no MP, trabalhei pouco tempo como substituto e muito rapidamente eu fui promovido. E hoje não é o que acontece. O Promotor, ele ingressa, muitas vezes substitui na Capital por muito tempo, quando vai ser promovido vai lá para Bom Jesus de Itabapoana. Um lugar muito agradável, mas ele não quer ir para lá. Poucos querem ir para lá. O que acontece: ele está lá atuando na área criminal, aí abre uma remoção para uma Promotoria de Infância aqui na Capital. Ele concorre porque quer ficar perto da sua família, ele mora no Rio etc. No dia seguinte, ele assume na Promotoria de Infância como se ainda fosse Promotor Criminal, sendo que a Promotoria de Infância é outra *vibe*, outra legislação, outros objetivos etc. Ele não passou por uma formação. E formação não é o sujeito passar 4 anos fazendo doutorado na França.

Claro que isso é ótimo, gostaria de ter tido essa possibilidade, mas não é isso só. É você ter cursos a distância, pós-graduações mais curtas, grupos de estudo internos, porque isso também é aperfeiçoamento e o mínimo de exigência de qualificação para que ele possa se remover. Acho que a gente já deveria começar a discutir isso sem medo.



Detalhe da imagem da capa

A painting of a woman with long, wavy hair, wearing a patterned, long-sleeved dress. She is holding a Brazilian flag (with the text '15 de Novembro' visible) in her right hand. The background is a warm, textured wall with a dark curtain hanging from the top. The overall color palette is dominated by warm, earthy tones like orange, red, and brown.

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 Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

25/09/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): VIVIANE ALVES BOLIVAR

IMPTE.(S): MARCELO FELLER

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. *PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DE CORRUPÇÃO DE MENOR. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. EXAME DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE JUÍZO ACERCA DO MÉRITO DE EVENTUAL AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O *habeas corpus*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal vigente (Art. 656 do CPP).

4. A audiência de apresentação consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizarem quaisquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinarem medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal, porquanto não reserva espaço cognitivo acerca do mérito de eventual ação penal, sob pena de comprometer a imparcialidade do órgão julgador.

5. A separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 567).

6. *In casu*, o juízo plantonista apontou a atipicidade da conduta em sede de audiência de apresentação, tendo o Tribunal de origem assentado que “a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos. Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito – mérito da infração penal em tese cometida – não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata”.

7. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, Dje de 20/06/2017 e HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 02/06/2017.

8. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos.

9. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 25 de setembro de 2018.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

Documento assinado digitalmente

25/09/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): VIVIANE ALVES BOLIVAR

IMPTE.(S): MARCELO FELLER

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso em *habeas corpus* nº 85.970, ementado nos seguintes termos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO DE MENORES. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO QUE RELAXOU A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPOSTA ATIPICIDADE. POSTERIOR OFERECIMENTO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELOS MESMOS FATOS. ADEQUAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de não admitir qualquer tipo de intervenção de terceiros no *habeas corpus* e no respectivo recurso ordinário, por se tratar de meio processual que não possui partes nem litigantes, mas tem como única função resguardar o direito de locomoção. Precedentes.

II - A decisão proferida durante a audiência de custódia, ao relaxar a prisão em flagrante da recorrente, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade, não vincula o titular da ação penal e, portanto, não obsta o posterior oferecimento de denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal.

III - *In casu*, o e. Juiz Plantonista, ao relaxar a prisão em flagrante por considerar que não havia indícios da prática dos crimes de associação criminosa e corrupção de menores, concluindo que “todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública”, emitiu juízo de valor que se circunscreve à regularidade do flagrante – requisitos do art. 302 do Código Penal – e não impede o posterior oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos.

Recurso ordinário desprovido.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em razão da prática dos crimes tipificados no artigo 288 do Código Penal e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90.

Narra a petição inicial que “a paciente e outras 17 pessoas foram presas em flagrante a caminho de uma manifestação no dia 04.09.2016 (doc. 1, fls. 6/19). Sem que seja necessário adentrar em questões ideológicas ou partidárias, o fato é que todos foram submetidos à audiência de custódia no dia seguinte, tendo o d. magistrado relaxado a prisão [dos envolvidos]”.

O Magistrado de piso consignou que “a prova do auto em prisão em flagrante é que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo assim inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores” (Volume 30, p. 33).

Posteriormente, o órgão legitimado à acusação ofereceu denúncia, imputando à paciente a prática dos crimes tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/90.

Narra a petição inicial que “mais de três meses depois, o Ministério Público ofereceu denúncia contra a paciente (doc. 1, fls. 1/5), que foi recebida pelo d. magistrado de origem (doc. 1, fls. 1441/1442). Ou seja, no fim das contas, a Paciente está processada pelos mesmíssimos fatos (sem nenhum fato novo decorrente de diligência investigativa) que levaram o d. magistrado da audiência de custódia a relaxar sua prisão e que, principalmente, não foi objeto de recurso próprio no prazo legal por parte do Ministério Público. Uma situação inaceitável”.

Em face dessa situação, impetrou-se *habeas corpus* perante o Tribunal de origem com o objetivo de trancar a ação penal, contudo, a pretensão defensiva não foi atendida.

Em sede recursal, de igual forma, não logrou êxito a paciente.

Sobreveio a impetração do presente *mandamus*, no qual a defesa alega, em síntese, a existência de constrangimento ilegal consubstanciado no não reconhecimento da atipicidade da conduta da paciente, bem como na violação de decisão jurisdicional anterior.

Afirma que “a prisão em flagrante foi relaxada em razão do reconhecimento da ilegalidade cometida contra Paciente e as outras 17 pessoas. Como consequência dessa prisão ilegal, os objetos apreendidos deveriam ter sido restituídos aos respectivos proprietários. O Ministério Público não poderia, portanto, ter oferecido uma denúncia baseada tão somente em provas obtidas mediante uma prisão reconhecidamente ilegal por conta da atipicidade dos fatos que a motivaram”.

Aduz, ainda, que “em que pese a posição do col. STJ sobre decisões proferidas por Juiz Plantonista, vale ressaltar que tal entendimento não pode ser confundido com o presente caso, cuja decisão foi proferida durante uma audiência de custódia, que possui natureza jurídica distinta em relação aos plantões judiciais”.

Sustenta não ser razoável “que o Ministério Público seja beneficiado pela própria torpeza (princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegan*) sob a justificativa de que seria impedido de oferecer a inicial acusatória, na medida em que havia recurso próprio contra a referida decisão, caso quisesse expressar seu inconformismo. Trata-se de absoluta negligência do Ministério Público, que sem apresentar qualquer fato ou prova superveniente, ofereceu a denúncia sobre fatos reconhecidos judicialmente como atípicos. Ou isso, ou então não passa de letra morta a previsão do CPP de cabimento de RESE para atacar a decisão que relaxou a prisão em flagrante”.

Pontua, também, que “diferentemente dos precedentes citados pelo col. STJ, que tratam sobre discussões exclusivamente jurídicas, o caso concreto apresenta uma peculiaridade: o reconhecimento judicial da atipicidade dos fatos imputados na denúncia”.

Ao final, “requer, em caráter liminar, o imediato sobrestamento do processo principal até o julgamento definitivo deste *writ*, em razão do evidente, iminente e irreparável prejuízo supracitado” e, no mérito, pede o trancamento da ação penal.

A medida liminar foi indeferida, tendo sido as informações prestadas.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

25/09/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irresignação não merece prosperar.

In casu, inexistente situação que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Por oportuno, transcrevo a fundamentação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, naquilo que interessa, *in verbis*:

A Defesa pretende, em síntese, trancar a ação penal nº 0074736-77.2016.8.26.0050 em trâmite na 3ª Vara Criminal da Capital Paulista, sob o argumento de que as condutas atribuídas à recorrente haviam sido consideradas atípicas pelo Magistrado que atuou na audiência de custódia, quando analisou a regularidade do auto de prisão em flagrante.

Com efeito, durante a audiência de custódia, o MM. Juiz de 1º grau considerou que não havia indícios da prática dos crimes de associação criminosa e corrupção de menores e concluiu que as circunstâncias fáticas narradas no auto de prisão em flagrante indicavam que os detidos estavam pacificamente reunidos para participarem de uma manifestação pública.

Transcrevo os fundamentos adotados para determinar o relaxamento da prisão em flagrante da recorrente, *verbis*:

Consta do auto de prisão em flagrante que no dia 04 de setembro, por volta das 15 horas e 20 minutos, na Rua Vergueiro, próximo ao Centro Cultural, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo em razão de manifestações populares que ocorreriam nas proximidades da Av. Paulista quando tomaram conhecimento de que alguns manifestantes estariam reunidos no local supraindicado e resolveram abordá-los. Com os manifestantes, todos de roupas escuras, os policiais encontraram máscaras, lenços e gorros, quase todos portavam mochilas, G. levava consigo uma barra de ferro e A., um extintor de incêndio de uso veicular; fora isso, segundo os policiais, foram apreendidos vinagre, um

disco de metal, material de primeiros socorros e outros utensílios que descreveram como de interesse policial. Destaco que o delito de associação criminosa, para a sua configuração, exige mais do que a mera reunião de indivíduos, exige a estabilidade do grupo tido como criminoso para praticar crimes de forma permanente. Evidentemente, não é o caso dos autos. Destaco que a prisão dos indiciados decorreu de um fortuito encontro com policiais militares que realizavam patrulhamento ostensivo preventivo e não de uma séria e prévia apuração de modo que qualificar os averiguados como criminosos organizados à míngua de qualquer elemento investigativo seria minimamente temerário. As necessárias elementares do tipo de associação criminosa, estabilidade e finalidade de cometimento de delitos, não podem ser simplesmente presumidas pelo fato de os policiais terem encontrado com os averiguados uma barra de ferro, vinagre, material de primeiros socorros, extintor de incêndio e outros objetos, todos de porte lícito, porque não há notícia de que qualquer dos averiguados, todos primários e de bons antecedentes, tivessem se envolvido com a prática de qualquer crime no passado ou tivessem a intenção de praticar delitos no futuro. Não há, mínima, prova de que todos se conheciam. Com efeito, os manifestantes, afinal, poderiam simplesmente desistir de comparecer ao ato, a ele comparecer de modo pacífico ou causar algum transtorno que seria individualmente sopesado. Não há como saber, porque a polícia não permitiu a presença dos manifestantes antes de o ato de manifestação se realizar. O Brasil como Estado Democrático de Direito não pode legitimar a atuação policial de praticar verdadeira “prisão para averiguação” sob o pretexto de que estudantes reunidos poderiam, eventualmente, praticar atos de violência e vandalismo em manifestação ideológica. Esse tempo, felizmente, já passou. A prova do auto de prisão em flagrante é de que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo, assim, inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores. Destarte, ausentes as hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal em relação aos delitos imputados, de rigor o RELAXAMENTO da prisão em flagrante e a imediata expedição de alvará de soltura. Ante o relato de que G. sofreu

violência policial determino seja submetido a exame de corpo de delito e cópias dos autos sejam enviadas ao DIPO 5 para análise das condutas dos policiais responsáveis pela prisão. No mais, aguarde-se a vinda dos autos principais, abrindo-se, oportunamente, vista ao Ministério Público. [...] (fls. 1.395-1.396, grifei.)

Dos fundamentos adotados na decisão exarada, não se infere inequívoco juízo de valor acerca da atipicidade dos fatos, como afirma a Defesa, mas sim conclusão acerca da ausência das hipóteses configuradoras do flagrante (artigo 302 do Código de Processo Penal), o que impõe o relaxamento da custódia.

É bem verdade que o eg. Tribunal de origem, ao analisar a questão, entendeu que a “pretensa atipicidade” dos fatos foi usada como fundamento para o relaxamento da prisão da recorrente e dos demais atuados, mas entendeu que, mesmo em tais hipóteses, a conclusão do Juiz *a quo* não obstaría o posterior oferecimento da denúncia, pois, o juízo de valor emitido limita-se à regularidade da prisão.

Colaciono, a seguir, excertos do v. acórdão do eg. Tribunal *a quo*, que assim analisou a questão:

Assim, como se vê, a audiência de custódia não se presta à incursão no mérito da futura possível ação penal. De outra parte, o Código de Processo Penal somente prevê a possibilidade de arquivamento do inquérito, antes de formalizada a denúncia, a pedido do Ministério Público (artigo 28, do CPP).

E, ofertada a inicial, compete ao MM. Juízo de conhecimento a sua rejeição liminar ou, após oferecida resposta, a absolvição sumária (artigos 396 e 397, do Código de Processo Penal).

Verifica-se, assim, que o aludido reconhecimento da atipicidade foi proferido por MM. Juízo incompetente e em momento processual inoportuno, desprovido de amparo legal, carecendo, deste modo, de eficácia legal.

Cumpra anotar que a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos.

Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa.

Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito – mérito da infração penal em tese cometida – não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata (fls. 1.457-1.459, grifei).

Sobre o tema em debate, esta Corte de Justiça possui precedentes firmados no sentido de que a decisão proferida pelo Juiz Plantonista, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade ao requerente, não obsta a atuação do titular da ação penal de modo a impedir que o representante do Ministério Público proceda ao oferecimento da denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal.

O juízo de valor emitido pelo e. Juiz de 1º grau durante audiência de custódia se circunscreve à regularidade da prisão em flagrante, ou seja, da presença dos requisitos previstos no art. 302 do Código de Processo Penal, e não impede o posterior oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos.

[...]

Acrescento, por fim, que a presente hipótese não se confunde com o arquivamento do inquérito policial assentado na atipicidade dos fatos, que, de fato, faz coisa julgada material, vedando a reabertura das investigações e, inclusive, o oferecimento de denúncia com base nos mesmos fatos.

[...]

Conclui-se que, no caso, a decisão proferida durante a audiência de custódia ao relaxar a prisão em flagrante, por se circunscrever à regularidade da constrição, não fez coisa julgada, tampouco impede o titular da ação penal de oferecer denúncia pelos mesmos fatos.

Desta forma, verifica-se que o v. acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não restando configurada a ilegalidade apontada.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento da ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, afirmou o dever de realização “em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”, *in verbis*:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 19/02/2016)

Destarte, a audiência de apresentação consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizarem quaisquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinarem medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal.

Com efeito, no julgamento da ADI 5.240, de minha relatoria, oportunidade na qual o Supremo também enfrentou o tema da audiência de apresentação, restou assentado que:

É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpreta

após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa toada, uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.

Em outras palavras, o *direito convencional* a uma audiência de custódia deflagra o *procedimento legal* de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial. Tem-se aqui terreno fértil para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que têm destaque os chamados de “direitos à organização e procedimento”, os quais, segundo pontua ROBERT ALEXY, “são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva” (Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 488). Essa perspectiva contemporânea da dogmática juspublicista teve seus fundamentos expostos no magistério do professor DANIEL SARMENTO (Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In: Arquivos de direitos humanos*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65):

(...) na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.

É nesse sentido, outrossim, a lição de J. J. GOMES CANOTILHO ao sustentar uma “proteção jurídica temporalmente adequada”

aos direitos fundamentais, os quais passam a exigir um suporte procedimental (processual) idôneo a garantir-lhes a eficácia material (Constituição e déficit procedimental. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 79). Dessa premissa, é possível desdobrar outras conclusões quanto a esse processo de *habeas corpus* que se instaura em Juízo, o que passo a detalhar.

Pois bem, como destacado acima, apresentado o preso ao Juiz, poderá ele mesmo, seu defensor ou o Ministério Público pedir a concessão da ordem. Residualmente, deverá o Juiz apreciar a legalidade do ato de prisão, de ofício. Em qualquer situação, a cognição judicial terá enfoque, basicamente, na qualificação do preso e nas circunstâncias em que foi detido, como preceitua o artigo 654 do Código de Processo Penal.

Antes de decidir sobre a legalidade da prisão, porém, o Juiz deverá conceder ao preso a possibilidade de autodefesa através do interrogatório, que tem previsão expressa no *caput*, artigo 660 do CPP, ao referir que “efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá”.

Constatada a ilegalidade pelo Juiz, a ordem deve ser concedida de imediato, como se depreende da dicção do parágrafo segundo do artigo 660: “se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento”. Sendo assim, o prazo de 24 horas mencionado no *caput* do artigo 660 deve ser compreendido como o interregno integral para a conclusão do procedimento de que ora se trata. Isso porque a lei deve ser interpretada de forma sistemática, de modo que as suas normas tenham harmonia e concordância prática. Ora, se o Juiz constata a ilegalidade, deve decidir imediatamente, não fazendo o menor sentido que aguarde mais 24 horas para proferir a sua decisão, em detrimento da liberdade do preso. Assim, a compreensão correta do *caput* do artigo 660 e do seu parágrafo segundo deve ser a de que efetuada a prisão, no prazo de 24 horas devem ser realizadas as diligências necessárias (lavratura do auto de prisão em flagrante e condução do preso à presença da Autoridade Judicial), interrogado o detido e proferida decisão, esta imediatamente após o interrogatório.

Firmou-se, ainda, a vocação da audiência de apresentação para a aferição da legalidade da prisão em flagrante, *in verbis*:

Finalmente, preenchendo o ato de prisão as formalidades legais e não permitindo a lei a concessão de liberdade provisória, pois presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, não haverá coação ilegal, devendo o Juiz denegar a ordem de *habeas corpus* e converter a prisão em flagrante em preventiva (artigo 310, inciso II, do CPP).

Em suma, o procedimento ora analisado pode ser assim sumarizado: a) efetuada a prisão em flagrante e lavrado o respectivo auto pela Autoridade Policial, deverá o preso ser apresentado ao Juiz; b) o Juiz interrogará o preso quanto à sua qualificação e circunstâncias da prisão; c) Ministério Público e defesa poderão formular pedidos e apresentar as respectivas razões; d) imediatamente, o Juiz decidirá sobre a legalidade da prisão; e) todo esse procedimento, da prisão à decisão do Juiz, deverá ser concluído em 24 horas, salvo impedimento devidamente justificado.

Sendo esse, portanto, o procedimento legal do *habeas corpus* perante o Juiz de primeiro grau, que é deflagrado, como já mencionado, pela apresentação imediata do preso.

Destarte, a audiência de apresentação não se restringe tão somente ao exame da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, acaso constatadas irregularidades. Consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido, também, a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizarem quaisquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinarem medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal, mas o seu espectro cognitivo, indubitavelmente, se restringe à necessidade, ou não, de constrição cautelar do indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal.

Deveras, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz poderá *i)* relaxar a prisão ilegal; *ii)* converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; e *iii)* conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Cabe referir, ainda, consoante ressaltado pelo Tribunal *a quo*, que “não se infere inequívoco juízo de valor acerca da atipicidade dos fatos, como afirma a Defesa, mas sim conclusão acerca da ausência das hipóteses configuradoras do flagrante (artigo 302 do Código de Processo Penal), o que impôs o relaxamento da custódia”. Assim, o órgão julgador, naquele momento, simplesmente apontou a atipicidade das condutas imputadas à paciente para fundamentar a desnecessidade de constrição cautelar de sua liberdade, não se podendo estender a amplitude deste juízo a ponto de inviabilizar a atuação do Ministério Público que, na qualidade de *dominus litis*,

possui a incumbência constitucional de oferecer denúncia acaso tenha constituída sua *opinio delicti*. A propósito, colaciono o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS – ALEGADA NULIDADE ABSOLUTA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 475 DO CPP (ATUAL ART. 479, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.689/2008) – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO PARA O RECORRENTE – “*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*” – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PRECEDENTES – PEDIDO DE INQUIRÇÃO DE CORRÉU PROCESSADO EM OUTRA AÇÃO PENAL – MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM MOMENTO OPORTUNO – PRECLUSÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NULIDADE PROCESSUAL E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – A disciplina normativa das nulidades processuais, no sistema jurídico brasileiro, rege-se pelo princípio segundo o qual “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (CPP, art. 563 – grifei). Esse postulado básico – “*pas de nullité sans grief*” – tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes. Precedentes. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “*dominus litis*” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “*opinio delicti*”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. (HC 93.921-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 01/02/2017)

Nesse diapasão, em obediência ao sistema acusatório, o qual tem por pressuposto a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, impõe-se que a atuação do Poder Judiciário, na fase pré-processual, somente seja admissível com o

propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados, não se admitindo o exercício de cognição exauriente em torno dos fatos que ensejaram a constrição cautelar do custodiado, sob pena de malferimento do devido processo legal.

A propósito, o conceito de sistema acusatório é equívoco na doutrina brasileira. Sabe-se que sistema, na clássica definição de CANARIS, é um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, o qual tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad.: A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. *passim*)

Nesse viés, o princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja abalizado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal. Precisa, sobre o tema, a conclusão de LUIGI FERRAJOLI (*Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567):

La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

Ressoa inequívoco, diante destas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, no afã de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador.

Com efeito, na etapa administrativa da persecução penal, conquanto a atividade jurisdicional não possa ser afastada, o exame da juridicidade das medidas cautelares de índole pessoal ou real, não pode ultrapassar os limites cognitivos impostos pelo legislador. Destarte, conforme já mencionado, destinando-se a audiência de custódia a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, não há que se falar em exame, em sede de cognição exauriente, dos fatos imputados a qualquer pessoa, salvo hipóteses de manifesto abuso, sob pena de quebra da parcialidade do magistrado e uma consecutória vulneração do princípio do devido processo legal em sua dimensão substancial.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213/2015, ao regulamentar a conduta do magistrado na condução da audiência de custódia, evidencia a necessidade de distanciamento do órgão jurisdicional acerca dos fatos que possam constituir o mérito de eventual imputação ao réu, fazendo-o em seu artigo 8º, VIII e §1º. Por oportuno, transcrevo o referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, perguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa. (sem grifo no original)

Cabe referir, ainda, que, nos termos do parágrafo 3º do supramencionado artigo 8º da Resolução, a “ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos”.

Por fim, consta expressamente dos *Considerandos* da Resolução nº 213/2015 que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão. Consectariamente, assegura-se o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, os quais transcrevo, *in verbis*:

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

Artigo 2º - 1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Nesse contexto, é forçoso concluir, portanto, pela ausência de espaço cognitivo, no âmbito da audiência de custódia, acerca do mérito de eventual ação penal, sendo descabida e, necessariamente desprovida de efeitos, qualquer valoração realizada pelo órgão jurisdicional acerca do juízo de mérito relativo a eventual ação que sequer foi proposta. Releva notar, portanto, que a audiência de apresentação deve ser concebida como ato jurisdicional destinado à preservação da integridade do preso, em momento pré-processual, não ostentando o condão de ato instrutório. A própria terminologia adotada pelo mencionado ato regulatório evidencia que não se cuida de ato inerente ao processo de conhecimento, pois restou estatuído que o juiz “entrevistará” o preso.

A propósito, cumpre trazer a lição doutrinária do professor ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS ao se debruçar sobre o tema audiência de apresentação, *in verbis*:

Trata-se de um direito relacionado à proteção da liberdade e da integridade pessoal, uma vez que evita tanto o abuso nas decretações das prisões quanto a violência camuflada. Tem como elemento central a apresentação imediata do detido pela autoridade administrativa realizadora da prisão (policial) a uma autoridade com independência e garantias (juiz). Não tem como finalidade a antecipação do interrogatório do suposto autor do delito e não cabe nas prisões feitas por ordem judicial. Também não basta, então, o mero envio formal da documentação da prisão ao juiz, como era feito à luz do art. 306, §1º, do CPP: a audiência de apresentação ou custódia exige a presença diante do juiz do preso em flagrante pela autoridade policial, para que os dois objetivos sejam cumpridos: verificação da legalidade da prisão (e tomada de decisão sobre o seu prosseguimento) e promoção da integridade pessoal (evitando agressões policiais na detenção, que são estimuladas pela impunidade).

[...]

Quanto à finalidade da audiência de apresentação, trata-se, como visto acima, da proteção da liberdade e da integridade pessoal do preso, não sendo um ato instrutório processual. (CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018)

De outro lado, não há como se olvidar da possibilidade da ocorrência de arbítrios. Todavia, um sistema que se predisponha a funcionar adequadamente não pode presumir a atuação dos seus atores sociais em desconformidade com as normas vigentes, sob pena de se reduzir excessivamente sua atividade, sem justificativa razoável para tanto. Logo, eventuais abusos são coibidos nas vias adequadas, como, exemplificativamente, o *Habeas Corpus* ou o Mandado de Segurança.

Noutro giro, cumpre consignar que o trancamento da ação penal, à mercê de sua excepcionalidade, é cabível apenas nas hipóteses de manifesta atipicidade da conduta, de causa extintiva de punibilidade e de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, o que não se verifica na espécie. Nesse sentido, o entendimento desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Dje de 20/06/2017)

Habeas corpus. Penal e processual penal. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06). Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia e ausência de justa causa. Não ocorrência. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Custódia assentada na periculosidade do paciente para a ordem pública. Suposto envolvimento com organização criminosa ligada ao “PCC” dedicada ao tráfico de grandes quantidades de drogas (941,5 g de crack e 1.026,89 kg de cocaína). Necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes da referida organização. Precedentes. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. 1. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* constitui medida excepcional, a qual só deve ser aplicada quando houver, indiscutivelmente, ausência de justa causa ou flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída. Precedentes. 2. Não restou evidenciada nenhuma ilegalidade no oferecimento da denúncia, preenchida com os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, sendo essa, ademais, suficiente para permitir a defesa do paciente. 3. A leitura da exordial acusatória permite concluir que não há ilegalidade a merecer reparo pela via eleita, uma vez que ela, embora sucinta, contém descrição mínima dos fatos imputados ao ora paciente, principalmente considerando

tratar-se de crimes de tráfico e associação para o tráfico, cuja existência do liame subjetivo e da estabilidade associativa deve ser apurada no curso da instrução criminal. 4. A prisão preventiva do paciente foi justificada em sua periculosidade para a ordem pública, tendo em vista seu suposto envolvimento com organização criminosa ligada ao “PCC” voltada ao tráfico de grandes quantidades de drogas (941,5 g de crack e 1.026,89 kg de cocaína). 5. Ordem denegada. (HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 02/06/2017)

Demais disso, o exame da pretensão defensiva demanda uma indevida incursão na moldura fática delineada nos autos. Desta sorte, impende consignar, ainda, que o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZADA. CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 12/05/2016)

Sob esse enfoque, verifico que a Corte de origem assinalou que “a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos. Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito – mérito da infração penal em tese cometida – não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata”. Verifico, ainda, que a Corte Superior assentou que “a decisão proferida pelo Juiz Plantonista, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade ao requerente, não obsta a

atuação do titular da ação penal de modo a impedir que o representante do Ministério Público proceda ao oferecimento da denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal”.

Desta sorte, se as instâncias antecedentes, à luz dos fatos aduzidos, reconheceram a idoneidade da peça acusatória, tendo, ainda, afastado o argumento da inépcia da denúncia, não há falar em trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, se a peça acusatória evidencia a realização de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, estabelecendo um liame entre a conduta do investigado e os fatos apurados, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa, não há que se falar em vulneração ao artigo 41 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, *in verbis*:

HABEAS CORPUS – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA PELO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009) – ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DECISÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP – PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS – SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – ILIQUIDEZ DOS FATOS – CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” – RECONHECIMENTO DA PLENA CORREÇÃO JURÍDICA DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (HC 140.629-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 07/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos

excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, DJe de 20/06/2017)

Por fim, ante a pertinência de suas alegações, cumpre transcrever as alegações do Ministério Público Federal, *in verbis*:

Ao contrário do que alega a defesa, não se vislumbra a ocorrência do alegado constrangimento ilegal. Não obstante o MM. Juiz Plantonista por ocasião da audiência de custódia, ter fundamentado a decisão de relaxamento da prisão em flagrante na opinião de que: “A prova do auto de prisão em flagrante é de que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo, assim, inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores” (f. 1290), tal fundamento não forma coisa julgada, não impossibilitando o Ministério Público de oferecer posterior denúncia pelos mesmos fatos, tampouco o Juízo competente de receber a inicial acusatória.

Nos termos do art. 504 do CPC/2015, “Não fazem coisa julgada: (I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. O mesmo entendimento pode ser aplicado na seara processual penal, por força do art. 3º do CPP.

No caso, além de a decisão proferida em sede de audiência de custódia não ter a natureza jurídica de sentença, os motivos que justificaram o relaxamento da custódia cautelar não fazem coisa julgada.

Conforme consignou o TJ/SP, o reconhecimento da atipicidade penal da conduta foi proferido por Juízo incompetente e em momento processual inoportuno, desprovido de qualquer amparo legal, além disso, “a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos” (f. 3540).

Além disso, correto o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no exame do caso, no sentido de que a decisão proferida

em audiência de custódia não vincula o titular da ação penal, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal. Com efeito, a mera previsão legal de recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP) não afasta a titularidade do órgão do Ministério Público para decidir acerca do oferecimento ou não da inicial acusatória, pois o recurso teria como meta apenas restabelecer a prisão em flagrante e não necessariamente rever o fundamento específico apresentado pelo magistrado para relaxar a custódia.

O reconhecimento da atipicidade penal da conduta em momento inadequado acaba por violar o devido processo legal, o que não pode ser admitido por essa Suprema Corte.

Ex positis, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

25/09/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, primeiro cumprimento o Advogado pela sustentação oral, pela linha de defesa assumida, cumprimento o Ministério Público, Doutora Cláudia.

Parece-me aqui que se pretende retirar da decisão do juiz muito mais do que ele próprio quis. Acho que é importante iniciar com isso, porque, se nós lermos integralmente a decisão do juiz que realizou audiência de custódia, como Vossa Excelência bem disse, ele foi analisando a presença dos requisitos para a manutenção ou não da prisão; um deles é a viabilidade, o *fumus boni juris*. E, na sequência, ele inclusive coloca “Destarte”, ou seja, concluindo, conseqüentemente, aí, sim, vem o dispositivo da decisão. E o dispositivo da decisão dele é muito claro. Ele não fala em ausência de justa causa para a manutenção da investigação. Ele não fala em atipicidade para trancamento de qualquer possibilidade. Ele diz:

Destarte, ausentes as hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal em relação aos delitos imputados, de rigor o RELAXAMENTO da prisão em flagrante e a imediata expedição de alvará de soltura.

Não me parece que, em momento algum, tenha o juiz de custódia pretendido trancar a possibilidade da continuidade, mesmo tendo feito críticas, na sua fundamentação, à própria atuação da autoridade policial e, em virtude disso – e aqui também importante –, encaminhou ao DIPO (Departamento de Inquiridos Policiais de São Paulo) para apurar a conduta dos policiais, mas o juiz foi mais além para mostrar realmente que, a meu ver, em momento algum pretendeu dar o sentido que se pretende agora, porque determinou o relaxamento e colocou: “No mais, aguarde-se a vinda dos autos principais”. Ora, nenhum juiz extingue o procedimento e pede para se aguardar a vinda dos autos principais, “abrindo-se oportunamente vista ao Ministério Público”.

É a sequência natural que ocorre da audiência de custódia – não só em São Paulo, em todos os locais onde já implantada –, que se decide sobre a manutenção ou não da prisão, excepcionalmente – e aí seria uma outra discussão – poderia ter o juiz determinado de ofício um *habeas corpus*, mas não foi o que fez.

Ele deixa muito claras suas críticas à conduta da autoridade policial, deixa claro o seu pensamento, mas, na hora da decisão, ele muito objetivamente cita o artigo 302 e diz que estariam ausentes as hipóteses, relaxa e mantém a sequência procedimental, aguardando a vinda dos autos principais.

Não há nada nem nos precedentes citados da tribuna nem na doutrina citada sustentando uma coisa julgada material em relação aos fundamentos que vão levar ao próprio dispositivo, à própria conclusão.

Aqui, o que seria possível? Ao Ministério Público – foi colocado muito bem da tribuna – seria possível recorrer dessa decisão só em relação ao relaxamento, porque o que constou como decisão, como dispositivo, foi o relaxamento. O Ministério Público aguardou. O Ministério Público ofereceu a denúncia – certa ou errada aqui não nos cabe analisar neste momento. Foi recebida pelo juiz – e aí sim o juiz competente – para análise do recebimento da denúncia.

Então, o importante procedimento de audiência de custódia foi realizado. Quando o Supremo Tribunal Federal assinou convênios em São Paulo, nós, na Secretaria de Segurança Pública, instalamos rapidamente a audiência de custódia como *habeas corpus* social, porque, independentemente da classe econômica, das condições de rapidamente contratar um advogado, todos serão levados à presença de um juiz. Para quê? Para analisar a legalidade ou não da prisão. E foi exatamente o que aqui fez o juiz.

Então, nesses termos, eu acompanho integralmente Vossa Excelência, indeferindo a ordem.

25/09/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, boa tarde! Saúdo a eminente Subprocuradora Doutora Cláudia Sampaio Marques, a Ministra Rosa, o Ministro Marco Aurélio e cumprimento o Advogado Doutor Marcelo Feller por uma belíssima sustentação, sem trocadilho.

Presidente, malgrado o esforço meritório e de grande alcance argumentativo do Advogado, acho que a audiência de custódia, tal como prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, depois regulamentada pelo CNJ, até por iniciativa louvável do nosso Colega Ministro Ricardo Lewandowski quando lá esteve, ela envolve apenas um juízo preliminar acerca da legitimidade, necessidade da manutenção da prisão preventiva ou da possibilidade de relaxá-la ou substituí-la por medidas alternativas. Portanto, eu não penso, apesar do esforço louvável, que se possa equiparar a uma decisão de mérito; até porque o juízo preliminar de custódia, muitas vezes, nem sequer é feito pelo juiz natural da causa, como neste caso aqui, que me parece ter sido feito pelo juiz plantonista. Logo, não há como esta ser considerada uma decisão de mérito vinculante. E, como Vossa Excelência observou, o trancamento de ação penal é uma medida que adotamos com grande parcimônia e aqui não me parece ser esse o caso.

De modo que, louvando muito genuinamente o trabalho do Advogado Doutor Marcelo Feller e cumprimentando-o pelo trabalho bem feito, mas, como dizia, em conclusão, Presidente, o trancamento nós sempre tratamos como uma medida excepcional e aqui não há excepcionalidade que justifique esse tipo de provimento, acompanho Vossa Excelência na denegação da ordem.

25/09/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o Doutor Marcelo fez uma sustentação oral tão competente que quase me convenceu. Mas se trata, como Vossa Excelência muito bem observou, de um juízo de verossimilhança, aquele que foi emitido no momento do relaxamento da prisão na audiência de custódia. E as decisões judiciais fundadas em juízo de verossimilhança não fazem coisa julgada material. De qualquer sorte, ainda que o processo penal comporte – porque está sempre em jogo

o nosso bem maior, que é a liberdade – essas teses verdadeiramente criativas, entendo que não podemos nos afastar da consideração de que a eficácia do ato judicial se cinge aos limites da atuação judicial e do comando judicial, como ficou extremamente bem evidenciado no voto de Vossa Excelência, a quem eu também cumprimento.

Então, igualmente, denego a ordem.

25/09/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 157.306 / SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a audiência de custódia foi realizada e o foi por órgão do Judiciário, pelo Estado-Juiz. Não há a menor dúvida: visa a audiência de custódia ter-se o exame da prisão em flagrante. E então, de duas, uma: ou se relaxa o flagrante ou se substitui – porque não é mais título para manter-se a custódia – pela prisão preventiva.

O que houve na espécie? O juiz afastou a prisão ou as prisões em flagrante, mas não se limitou a fazê-lo. Foi adiante, certo ou errado, com o vício de procedimento ou não, e assentou a atipicidade do fato.

Indaga-se: diante desse pronunciamento judicial, é possível, posteriormente, a partir dos mesmos fatos, chegar-se ao recebimento da denúncia, instaurar-se um processo-crime contra aqueles que tiveram o afastamento das prisões e também crivo sobre a atipicidade das condutas? A meu ver, não! A segurança jurídica reclama que se observe esse pronunciamento. Poderia o Ministério Público, diante da decisão, ter protocolado recurso em sentido estrito. Não o fez; silenciou para, posteriormente, então, ofertar a denúncia.

Entendo que se tem situação a reclamar o crivo do Judiciário, para manter-se o primado do Judiciário, para manter-se a almejada segurança jurídica.

Por isso, concedo a ordem, sem elogiar o ilustre Advogado, porque, quase sempre, quando o Juiz começa elogiando o advogado, acaba votando contra o constituinte.

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 157.306

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): VIVIANE ALVES BOLIVAR

IMPTE.(S): MARCELO FELLER (296848/SP)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: o Dr. Marcelo Feller pela Paciente e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidiu este julgamento o Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, 25.9.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Cintia da Silva Gonçalves

Secretária da Primeira Turma

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

08/05/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): TRANSPORTADORA CAHO LTDA

ADV.(A/S): LUIZ ANTONIO BORGES TEIXEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): DERSA – DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A

ADV.(A/S): FABIANA COIMBRA SERVILHA E OUTRO(A/S)

RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇO PÚBLICO – FURTO – POSTO DE PESAGEM – VEÍCULO. A teor do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, há responsabilidade civil de pessoa jurídica prestadora de serviço público em razão de dano decorrente de crime de furto praticado em posto de pesagem, considerada a omissão no dever de vigilância e falha na prestação e organização do serviço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em prover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 8 de maio de 2018.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

08/05/2018

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): TRANSPORTADORA CAHO LTDA
ADV.(A/S): LUIZ ANTONIO BORGES TEIXEIRA E OUTRO(A/S)
RECD.O.(A/S): DERSA – DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A
ADV.(A/S): FABIANA COIMBRA SERVILHA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pela assessora Dra. Raquel Rodrigues Barbosa de Souza:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar apelação protocolada pela Transportadora Cahó Ltda., confirmou o entendimento do Juízo, assentando inaplicável o artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Afirmou não ter havido ato comissivo a configurar a responsabilidade objetiva do Estado quando do furto de caminhão ocorrido no posto de pesagem da DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A. Frisou que o veículo foi furtado enquanto lavrado auto de infração por excesso de peso, inexistindo qualquer ação ou omissão do agente público. Entendeu não estar o caminhão sob a guarda da DERSA, afastando a configuração de nexos causal entre a parada para fiscalização e o furto praticado durante a retenção do automóvel. Destacou ser a lavratura do auto de infração decorrente de poder-dever legal.

Embargos de declaração foram desprovidos.

No extraordinário, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa ao artigo 37, §6º, da Lei Maior. Sustenta que o simples fato de o condutor ou proprietário de veículo dar causa à retenção por parte de órgão fiscalizador não afasta a negligência dos agentes do ente atuador, assinalando a responsabilidade deste em cuidar do bem alheio. Assevera englobar o poder de polícia não apenas o exame dos automóveis, mas também o dever de vigiá-los, adotando as medidas e precauções cabíveis.

A recorrida, nas contrarrazões, aponta o acerto do acórdão atacado. Saliencia a falta de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados e a necessidade de análise de elementos fáticos e probatórios. No mérito, anota incumbir ao preposto da empresa zelar pelo automóvel, e não aos agentes fiscalizadores.

O extraordinário não foi admitido na origem (folhas 376 a 382). Seguiu-se a interposição de agravo, no qual buscada a sequência do

recurso. O ministro Ricardo Lewandowski, então relator, proveu-o, determinando a subida do extraordinário (folha 432).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso. Apontou a indispensabilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, sublinhando mostrar-se vedado considerado o verbete nº 279 da Súmula do Supremo (folhas 481 a 485).

O Relator negou seguimento ao extraordinário, consignando que, no acórdão recorrido, presente o conjunto fático-probatório, verificou-se a ausência denexo causal entre o dano e a conduta do agente público (folhas 490 e 491). Foi interposto agravo interno, no qual postulado o reconhecimento da nulidade da decisão, por ter Sua Excelência participado do julgamento da apelação quando integrava o Tribunal de origem. O Relator reconheceu o impedimento, encaminhando o processo à Presidência, no que redistribuído à Vossa Excelência (folhas 584 a 588).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal reitera os argumentos apresentados, preconizando o não conhecimento do extraordinário e, no mérito, o desprovimento (folhas 596 a 599).

O extraordinário é anterior à entrada em vigor do sistema da repercussão geral. O processo encontra-se concluso no Gabinete.

É o relatório, distribuído com antecedência aos integrantes do Colegiado.

08/05/2018

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça recursal, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado, foi protocolada no prazo legal.

Improcedem os óbices apontados pela Procuradoria-Geral da República. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado, com o revolvimento da prova coligida. Dizer-se que o recurso extraordinário amolda-se em um dos permissivos constitucionais pressupõe a consideração de certas premissas fáticas. O Supremo, ao julgar o extraordinário, já na fase de conhecimento, perquire o acerto, ou o desacerto, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem processual,

procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende infirmar. O tema concernente à responsabilidade foi objeto de debate e decisão prévios, tendo havido alusão ao artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Observem as balizas do caso. O Tribunal de origem reconheceu ter ocorrido furto de caminhão no posto de pesagem da DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A., localizado na rodovia Anhanguera, quando o veículo foi autuado por excesso de peso, conforme comprovam documentos juntados à inicial. Então, adentrou o campo da definição da responsabilidade da recorrida, assentando não ser objetiva, mas subjetiva. Os fatos incontroversos estão delineados no acórdão impugnado, revelando a verdade formal. Cumpre saber se houve, ou não, ofensa ao artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Eis o teor do preceito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A matéria também tem disciplina no Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Versando direito e garantia fundamental do cidadão, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal encerra norma autoaplicável, de eficácia plena, incumbindo ao Poder Judiciário, verificado o nexo causal entre o ato administrativo e o dano, concretizar o comando em plenitude.

O dispositivo é inequívoco ao estabelecer a responsabilidade civil objetiva do Estado ou da pessoa jurídica privada prestadora de serviço público. A obrigação ocorre perante a vítima, fundamentando-se nos riscos decorrentes das atividades desempenhadas pelo ente estatal e na exigência de legalidade do ato administrativo. Sob o ângulo doutrinário, tem-se ensinamento de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 781):

O §6º do art. 37 da CF seguiu linha traçada nas Constituições anteriores e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do *risco integral*. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio da melhor doutrina [...].

A Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estado, visando a proteger o cidadão. A premissa encontra base na ideia de justiça social: a corda não deve arrebentar do lado mais fraco. O Estado, ou quem lhe faça o papel, é sujeito poderoso, contando com a primazia do uso da força, ao passo que o indivíduo situa-se em posição de subordinação. Os administrados não podem evitar ou sequer minimizar o perigo de dano proveniente da ação ou omissão do Estado. É o Poder Público quem dita os termos da própria presença no seio da coletividade e estabelece o teor e a intensidade do relacionamento com os membros do corpo social. As funções estatais dão ensejo à produção de danos mais acentuados que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares, tendo em vista a singularidade da posição jurídica do ente estatal. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 1013) Considerada a maior quantidade de poderes e prerrogativas, o Estado, que a todos representa, deve suportar o ônus das atividades desempenhadas. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 574)

Não há espaço para afastar a responsabilidade, independentemente de culpa, mesmo sob a óptica da omissão, ante o princípio da legalidade, presente a teoria do risco administrativo. Vale atentar para o decidido pelo Supremo, sob o ângulo da repercussão geral, no recurso extraordinário nº 841.526, Relator Ministro Luiz Fux, oportunidade na qual consolidado o entendimento quanto à necessária observância do artigo 37, §6º, da Constituição Federal no tocante a omissões administrativas:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.
2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.
3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).
4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.
5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que, nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.
6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v.g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.
7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.
8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.
9. *In casu*, o tribunal *a quo* assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.
10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

Surge o liame causal a revelar a responsabilização da recorrida no caso concreto. Não fosse a conduta omissiva desta, que deixou de agir com o cuidado necessário quanto à vigilância no posto de pesagem, por ocasião do estacionamento obrigatório do veículo para lavratura do auto de infração, o evento não teria acontecido. De igual modo, está caracterizada falha na prestação e organização do serviço. É inviável reconhecer inexistente o nexo causal quando descuido de vigilância da pessoa jurídica privada prestadora de serviço público facilita furtos e, em consequência, acarreta danos. A responsabilidade, seja objetiva, seja subjetiva, encontra-se configurada. Enfoque diverso, afastando o direito à indenização, implicaria esvaziar o preceito do §6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Conheço do extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão recorrido, assentar a responsabilidade da DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S.A. Ficam invertidos os ônus da sucumbência.

08/05/2018
PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento o ilustre Advogado, que se houve muito bem na tribuna.

Acompanho integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio não apenas no conhecimento como também no provimento do recurso.

Chega a espantar-me que, em duas instâncias da Justiça de São Paulo, se tem entendido diversamente numa hipótese que me parece excessivamente óbvia. Mesmo que se entenda que não haja responsabilidade civil objetiva, aqui a *culpa in vigilando* é evidente pelo dever de guarda. Quer dizer, a concessionária está exercendo um poder que, em rigor, lhe é delegado pelo Poder Público, como observou o Ministro Marco Aurélio. A pesagem é feita – penso – por dois grandes motivos: por uma questão de segurança rodoviária e por uma questão de excessivo desgaste da rodovia. A competência que a concessionária exerce por delegação do Poder Público, quanto à segurança, e por interesse próprio, quanto à preservação da rodovia que lhe cabe conservar.

Portanto, não consigo imaginar que, para alguém que pare em um posto de pesagem por determinação da concessionária, desça do veículo para ser autuado e, quando volte, não tenha o veículo, não haja responsabilidade civil. De modo que eu concordo inteiramente com o Ministro Marco Aurélio.

Eu até não trouxe uma tese de julgamento, mas é uma questão anterior à repercussão geral, cuja lei exige a tese de julgamento. No entanto, aqui basicamente

a concessionária de serviço público é responsável – como está na Constituição – pelos danos que atos seus causem ao usuário do serviço.

De modo que eu estou acompanhando integralmente o Ministro Marco Aurélio.

08/05/2018
PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu cumprimento o Doutor Luiz Antonio.

Acompanho na íntegra o voto do Ministro Marco Aurélio, com as achegas do Ministro Luís Roberto. Eximo-me de dizer mais, porque a minha compreensão é exatamente no sentido da responsabilidade objetiva no caso.

08/05/2018
PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre Representante do Ministério Público, Senhor Advogado que se houve muito bem da tribuna, Doutor Luiz Antonio Borges, porque está o memorial muito bem elaborado pela parte recorrente, por Vossa Excelência.

Senhor Presidente, eu pertenci a Tribunais de Justiça. Eu fui do de Alçada e do de Justiça também. Na verdade, naquela oportunidade, havia muita dificuldade – que foi superada depois de uma obra muito bem elaborada pelo Professor Sérgio Cavalieri – nessa fixação da responsabilidade do Estado, principalmente, nos casos de omissão, em que se exigia a culpa. Então, eu atribuo, sinceramente, a um dos componentes do Tribunal local que era o Ministro Ricardo Lewandowski essa dificuldade na responsabilização aqui no caso concreto. Mas, de toda maneira, hodiernamente tem-se feito uma distinção muito interessante entre “avaliação do fato” e “categorização jurídica dos fatos”.

Então, nos Tribunais Superiores, não podemos analisar os fatos, revolver o conjunto fático-probatório, mas conseguimos emprestar categorização jurídica a esses fatos que são assentes.

E o que nós temos aqui decidido? O fato seria hilário se não fosse trágico: temos como realidade inconteste que o furto do caminho de propriedade do recorrente

ocorreu nas dependências da balança da recorrida, localizada na Rodovia SP-330, onde o veículo se achava estacionado e retido por alegado excesso de peso, enquanto seu condutor havia sido levado ao interior do escritório da concessionária, para a lavratura do auto de infração. A partir desse momento em que o veículo sai da esfera de vigilância do titular e passa para a do Estado, este passa a ser o responsável por aquele bem que ele está vistoriando.

Aqui não há que se falar em Súmula nº 7 do STJ nem em análise da matéria de fato, pois aqui nós só vamos dar, digamos assim, a configuração jurídica desse fato. Porque restou provado no acórdão – eu estou vendo o acórdão aqui – que o caminhão se achava estacionado no pátio da recorrida por ordem de seus agentes, e o seu condutor estava no interior do escritório da concessionária sendo autuado. Desgraça pouca é bobagem! Estava sendo autuado dentro do escritório, enquanto estavam roubando o caminhão dele. E fica por isso mesmo.

De sorte que eu, reconhecendo a dificuldade à época de se elaborar uma teoria da omissão, à luz do art. 37, entendo que, só o fato de ter sido furtado nas dependências da recorrida, enquanto o condutor estava lá sofrendo aquela autuação, já seja o suficiente para impor a responsabilidade estatal.

Assim sendo, eu acompanho integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, agradecendo a menção à ementa fuxiana.

**08/05/2018
PRIMEIRA TURMA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Cumprimento o Advogado.

O art. 37, §6º, como citado pelo Ministro Marco Aurélio, é muito claro. A responsabilidade objetiva, a guarda do veículo, estava com o Estado *lato sensu* nesse caso e não há como também se colocar qualquer das excludentes nem afastar o nexo causal.

Acompanho integralmente o Ministro Marco Aurélio.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 598.356

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): TRANSPORTADORA CAHO LTDA

ADV.(A/S): LUIZ ANTONIO BORGES TEIXEIRA (18452/DF) E OUTRO(A/S)
RECD.O.(A/S): DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S/A
ADV.(A/S): FABIANA COIMBRA SERVILHA (00159890/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Falou o Dr. Luiz Antonio Borges Teixeira pela Recorrente. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 8.5.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 670.422 / RIO GRANDE DO SUL

11/09/2014

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): STC

ADV.(A/S): MARIA BERENICE DIAS

RECDO.(A/S): OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Teori Zavascki. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Teori Zavascki.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

11/09/2014

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 670.422 / RS

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO

REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

STC interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO.

À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros.

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR.

Opostos embargos de declaração, não foram acolhidos.

No apelo extremo, a parte recorrente sustenta violação aos artigos 1º, inciso IV, 3º, 5º, inciso X, e 6º, *caput*, da Constituição Federal. Saliencia existir a repercussão geral da matéria versada no feito, dada a importante discussão que nele se trava, concernente à necessidade de realização de cirurgia de modificação do fenótipo feminino para o masculino, como condição para a alteração do assentamento do sexo no registro civil.

Afirma que a deliberação desta Corte repercutirá não apenas na esfera jurídica do recorrente, mas de todos os transexuais que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, mesmo sem a realização de todos os procedimentos cirúrgicos de redesignação, aduzindo que o que se busca é um precedente histórico de enorme significado e repercussão, não só jurídica, mas também de inegável repercussão social.

Como lembra o parecer ministerial, embora tenha sido julgado procedente em parte a ação para a alteração do nome da parte autora, o juiz de primeiro grau entendeu ser essencial a realização de cirurgia de redesignação sexual para o deferimento da alteração do assentamento civil relativo ao sexo. O Tribunal de origem, mantendo a sentença, ponderou que, mesmo com os avanços da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram (fl. 171), sendo pois o caso de averbar no registro de nascimento do recorrente sua condição de transexual (fls. 228/229).

As matérias suscitadas no recurso extraordinário, relativas à necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, bem como a possibilidade jurídica ou não de se utilizar o termo transexual no registro civil são dotadas de natureza constitucional, uma vez que expõem os limites da convivência entre os

direitos fundamentais como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, entre outros de um lado, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos de outro.

Assim, as questões postas apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois, além de alcançarem todo o universo das pessoas que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, também repercutem no seio de toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

Destarte, manifesto-me pela existência de repercussão geral da matéria.

Brasília, 20 de agosto de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 670.422 / RS

PRONUNCIAMENTO

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADEQUAÇÃO – REGISTRO CIVIL
– ALTERAÇÃO DE NOME – PRECLUSÃO – MUDANÇA DE SEXO –
INDEFERIMENTO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.*

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 670.422/RS, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 22 de agosto de 2014.

O processo revela pedido de retificação de registro civil para troca de prenome e sexo no assento de nascimento. O Juízo da Vara de Registros Públicos e Ações Especiais da Fazenda Pública julgou o pleito parcialmente procedente, implementando a alteração do nome e indeferindo a troca do gênero “feminino” para “masculino”.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria de votos, deu provimento parcial à apelação, determinando a averbação, no assento de nascimento da recorrente, da condição de transexual, ante os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Aduziu que, apesar dos avanços da técnica cirúrgica e das intervenções médicas,

os transexuais não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, não possuindo os órgãos genitais artificialmente constituídos as mesmas características e funcionalidades dos naturais. Acrescentou ser imutável o aspecto cromossômico. Apontou que a providência consignada não acarretaria qualquer prejuízo à recorrente, porquanto, usualmente, utilizam-se documentos de identidade dos quais não consta o gênero do portador, como carteira de identidade e passaporte.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos.

Não houve a formalização de embargos infringentes contra o acórdão.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, argui-se desrespeito aos artigos 1º, inciso IV, 3º, inciso IV, e 5º, inciso X, e 6º da Lei Maior. Sustenta-se que a falta de alteração do gênero no registro civil dos transexuais cria empecilhos à concretização do objetivo fundamental da República de promover o bem comum, sem preconceito de sexo ou quaisquer outras formas de discriminação. Destaca-se competir ao Estado a tutela da intimidade dos transexuais, mediante a proteção das respectivas escolhas de vida contra o controle público e o estigma social. Afirma-se ser um dever constitucional a defesa da sexualidade daqueles, mostrando-se descabidos questionamentos acerca da existência de genitália adequada ao gênero exteriorizado. Ressalta-se ofender o princípio da dignidade da pessoa humana impedir que o transexual escolha o próprio sexo, ao argumento da imutabilidade cromossômica ou em razão da presença de certo aparelho genital. Aduz-se a impossibilidade de reduzir o conceito de gênero apenas ao elemento morfológico. Assinala-se que o transexualismo é um transtorno de identidade sexual e não desaparece com a cirurgia de redesignação, que consiste somente em uma parte do tratamento, motivo pelo qual tal procedimento não pode ser um critério para a alteração do registro civil. Frisa-se afrontar o direito à saúde interpretação contrária. Diz-se do caráter experimental da intervenção cirúrgica, no caso, a neofaloplastia, com baixa probabilidade de êxito e alto risco.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta-se que o tema debatido no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, tendo relevância jurídica e social, por versar matéria de interesse de todos os transexuais que buscam retificar o respectivo registro civil para que passe a veicular o gênero possuído.

O extraordinário foi admitido na origem.

Eis o pronunciamento do ministro Dias Toffoli:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

STC interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a”, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. TROCA DE NOME E SEXO.

À equação do presente pertinente a averbação no assento de nascimento do(a) recorrente sua condição de transexual. Aplicação dos princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, pois estes devem corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros.

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO EM PARTE, VENCIDO O RELATOR.

Opostos embargos de declaração não foram acolhidos.

No apelo extremo, a parte recorrente sustenta violação aos artigos 1º, inciso IV, 3º, 5º, inciso X, e 6º, *caput*, da Constituição Federal. Salaria existir a repercussão geral da matéria versada no feito, dada a importante discussão que nele se trava, concernente à necessidade de realização de cirurgia de modificação do fenótipo feminino para o masculino, como condição para a alteração do assentamento do sexo no registro civil.

Afirma que a deliberação desta Corte repercutirá não apenas na esfera jurídica do recorrente, mas de todos os transexuais que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, mesmo sem a realização de todos os procedimentos cirúrgicos de redesignação,

aduzindo que o que se busca é um precedente histórico de enorme significado e repercussão, não só jurídica, mas também de inegável repercussão social.

Como lembra o parecer ministerial, embora tenha sido julgado procedente em parte a ação para a alteração do nome da parte autora, o juiz de primeiro grau entendeu ser essencial a realização de cirurgia de redesignação sexual para o deferimento da alteração do assentamento civil relativo ao sexo. O Tribunal de origem, mantendo a sentença, ponderou que, mesmo com os avanços da cirurgia, transexuais ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram (fl. 171), sendo pois o caso de averbar no registro de nascimento do recorrente sua condição de transexual (fls. 228/229).

As matérias suscitadas no recurso extraordinário, relativas à necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, bem como a possibilidade jurídica ou não de se utilizar o termo transexual no registro civil, são dotadas de natureza constitucional, uma vez que expõem os limites da convivência entre os direitos fundamentais como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, entre outros de um lado, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos de outro.

Assim, as questões postas apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois, além de alcançarem todo o universo das pessoas que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, também repercutem no seio de toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

2. O caso apresenta singularidades que afastam o disposto no artigo 530 do Código de Processo Civil, a revelar que são cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver implicado a reforma, em grau de apelação, da sentença de mérito ou a proclamação de improcedência da ação rescisória. No caso, mostrava-se impróprio protocolar os citados embargos na origem.

A sentença resultou no acolhimento parcial do pedido para determinar-se unicamente a alteração do nome da recorrente, que, de Sara, passaria a chamar-se

Sandro. Foi indeferido o pleito referente à mudança de sexo. Ao recurso interposto pela interessada o relator deu provimento, para que ocorresse essa última, mas prevaleceu a corrente intermediária. Esta, tal como acontecera no Juízo, concluiu pela impossibilidade de modificação do gênero.

Vale dizer, quanto ao mérito, a sentença não foi reformada no particular. Não se pode entender em sentido contrário apenas pelo fato de haver-se determinado a alteração para constar a transexualidade. A razão é muito simples: em Juízo, nada se decidiu a respeito.

Então, afasto a possibilidade de cogitar-se da ausência de esgotamento da jurisdição na origem, no que não interpostos os embargos infringentes. No mais, conforme consignou o relator, o tema está a exigir, sob o ângulo de princípio implícito na Carta da República – a dignidade da pessoa humana –, o pronunciamento do Supremo.

3. Manifesto-me pela existência de repercussão geral.
4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.
5. Publiquem.

Brasília – residência –, 6 de setembro de 2014, às 13h10.

MINISTRO MARCO AURÉLIO

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 470.937 / SÃO PAULO
(2018/0250223-0)**

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM – SP265935

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. REVISTA PESSOAL REALIZADA NO AGENTE POR INTEGRANTES DA SEGURANÇA PRIVADA DA COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do meio processual adequado.

2. Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM.

3. Segundo a Constituição Federal – CF e o Código de Processo Penal – CPP, somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Todavia, concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de junho de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

HABEAS CORPUS Nº 470.937 / SÃO PAULO (2018/0250223-0)

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM – SP265935

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal nº 0002952-74.2015.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o paciente foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau da imputação da prática do delito de tráfico de drogas.

Em apelação do Ministério Público, o Tribunal de origem condenou o paciente pela prática do crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) ao cumprimento de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, em acórdão acostado assim ementado:

Tráfico de drogas – Recurso ministerial visando à condenação do acusado pela prática do delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 – Crime de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo, persistindo o estado de flagrância enquanto o agente “oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, [...] entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” – Comportamento do sentenciado que denota a posse de substância entorpecente para o fim de comercialização ilícita – Apelo provido para condená-lo pela prática do crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa. (fl. 31)

No presente *mandamus*, a defesa assevera a ilicitude da prova. Para tanto, alega:

Conforme consta dos autos, o paciente passava pela catraca da Estação Perus, com uma mochila nas costas, quando foi abordado por dois agentes de segurança da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) em razão de ter demonstrado “certa preocupação” na presença deles. Acreditando que se tratava de vendedor ambulante, os agentes de segurança realizaram a sua abordagem e em revista pessoal localizaram, no interior da mochila, dois tabletes de maconha.

O conjunto probatório demonstrou que os agentes da CPTM, apenas por acreditarem que se tratava de um vendedor ambulante, decidiram por bem realizar a abordagem do paciente. Após a abordagem e busca pessoal, localizaram no interior da mochila que ele carregava o entorpecente apreendido.

[...]

É evidente que a prova é ilícita, sendo caso de absolvição.

Isso porque atividades de investigação e policiamento ostensivo constituem função das polícias federal, civil e militar, consoante dispõe o artigo 144 da Constituição Federal. Assim, é ilegítima a atividade de investigar e de fazer buscas pessoais ou em veículos por parte de particulares (no caso, agentes de segurança da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos). (fls. 13/14)

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada às fls. 59/64.

É relatório.

HABEAS CORPUS Nº 470.937 / SÃO PAULO (2018/0250223-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM. Por oportuno, transcrevo excerto da sentença:

De acordo com o narrado na denúncia, agentes de segurança da CPTM avistaram o indiciado passando pela catraca eletrônica com uma mochila nas costas, ocasião em que levantou suspeita por demonstrar preocupação na presença deles. *Por acreditarem que o acusado se tratasse de um vendedor ambulante, os agentes procederam à sua busca pessoal, oportunidade em que apreenderam, no interior da referida mochila, dois tablets de maconha, com peso líquido total de 501,9 gramas. (fl. 20)*

A Constituição Federal - CF prescreve no capítulo da segurança pública:

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:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do §4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§10 A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

O Código de Processo Penal - CPP, ao disciplinar a busca domiciliar e pessoal, por sua vez preconiza:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b, a, f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Como visto, somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal.

Ressalta-se ainda que o inciso II do art. 5º da Constituição Federal assevera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na hipótese, o agente objeto da revista pessoal não tinha a obrigação de sujeitar-se à mesma, ante a inexistência de disposição legal autorizadora desse ato pelos integrantes da segurança da CPTM.

De outra parte, esses agentes de segurança não podem sequer ser equiparados a guardas municipais, porquanto são empregados de uma sociedade de economia mista operadora de transporte ferroviário no Estado de São Paulo, sendo regidos, portanto, pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Por oportuno, menciona-se trecho de artigo da autoria de RÔMULO GABRIEL MORAES LUNELLI, Procurador Federal, Especialista em Direito do Estado, Professor de Direito Administrativo, publicado no <https://jus.com.br/artigos/24655>:

Pelo que podemos observar, o CPP consagra que a busca pessoal involuntária somente será permitida quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos oriundos de crime/infração ou necessários a instrução de processo penal. Outro aspecto importante é que o referido diploma prevê tanto a busca pessoal quanto a busca domiciliar involuntárias como ações exclusivamente estatais, a serem realizadas através das autoridades judiciárias ou policiais. E as forças policiais são unicamente aquelas que constam do art. 144 da Constituição Federal.

Confira-se, ainda, trecho do Tratado de Direito Administrativo 4, coordenado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, Revista dos Tribunais, p. 353/355:

A contratação de segurança privada por particulares para a defesa pessoal e de seu patrimônio apenas pode envolver o manejo de poderes privados. Não implica a delegação de poderes públicos a particulares para o exercício de segurança privada.

As empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem poderes privados. Daí que os poderes de defesa podem exercer são apenas aqueles tolerados pelo direito privado e que têm o seu uso da força no contexto de legítima defesa e de flagrante delito.

Isso significa que os atos praticados no âmbito da segurança privada são atos privados, que apenas podem envolver o manejo dos poderes a todos reconhecidos para fins de autodefesa e para afastar dano iminente. Os atos praticados devem, assim, observar os limites previstos na lei para o afastamento da ilicitude dos atos praticados em legítima defesa.

A ampliação da participação da segurança privada é um fenômeno verificado nos mais diversos países. Chega-se a afirmar que a segurança não é mais concebida apenas em termos de agentes do Estado. A participação privada assumiu uma dimensão significativa especialmente nos espaços qualificados como semipúblicos, tais como centros de compra, hospitais e escolas, nos quais a população acaba vivendo até mesmo mais do que nos espaços públicos propriamente ditos.

A questão adquire maior complexidade quando aquele que contrata a segurança privada é o próprio Estado, para

fins de controle e vigilância de bens públicos e exercício de determinadas atividades de fiscalização.

Nesse tipo de contratação, a questão reside em diferenciar quais tarefas podem ser exercidas no âmbito da segurança privada e quais integram necessariamente a segurança pública.

Em princípio, como se indicou acima, as empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem poderes privados. Nesse contexto, poder-se-ão utilizar da força apenas nos casos em que isso for autorizado para qualquer particular (por exemplo, nas hipóteses de legítima defesa e de flagrante delito).

Assim, com o reconhecimento da ilicitude da revista pessoal e de todas as provas decorrentes desta, o agente deve ser absolvido com fulcro no inciso II do art. 386 do CPP.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem, de ofício, para absolver o paciente.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0250223-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HABEAS CORPUS Nº 470.937 / SÃO PAULO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029527420158260050 29527420158260050

EM MESA

JULGADO: 04/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sr.ª Dr.ª ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM – SP265935

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PAULO HENRIQUE LIMA DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 667.867 / SÃO PAULO (2015/0041944-0)**

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: FERTIMPORT S/A

ADVOGADOS: LEA CRISTINA FRESCHET SAMMARCO E OUTRO(S) – SP041225

MARCUS VINICIUS DE LUCENA SAMMARCO – SP139612

EMENTA

DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO. NÃO HÁ SIMILITUDE ENTRE OS JULGADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICÁVEL EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO. POLUIÇÃO. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL.

1. Não há falar em dissídio pretoriano, tendo em vista que inexistente similitude apta a ensejar a divergência. Ambos os julgados foram decididos com base nas peculiaridades fáticas da espécie.

2. O princípio da insignificância não possui substrato teórico apto a viabilizar a sua incidência na esfera da responsabilidade civil ambiental. Toda conduta de degradação ambiental lesiona o bem jurídico tutelado, pois a defesa de nossas biotas perpassa pela prevenção e preservação, logo, por mais que o dano seja ínfimo (baixa destruição da biota), a lesão à educação socioambiental afasta o requisito da mínima lesividade da conduta.

3. O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e, em nome do bem-estar desta, é que deve ser aplicada.

4. Em qualquer quantidade que seja, derramamento de óleo é poluição, seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, “e”, da Lei nº 6.938/1981, c/c o art. 17

da Lei nº 9.966/2000), seja por conclusão lógica dos princípios da solidariedade, dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras.

5. Reconhecido o dano e o nexo causal, caberia ao Tribunal *a quo*, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, lastreado na razoabilidade e na proporcionalidade, tangenciar a lesividade da conduta e arbitrar um valor justo às peculiaridades da causa.

6. Recurso especial provido para reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de outubro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 667.867 / SÃO PAULO (2015/0041944-0)

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: FERTIMPORT S/A

ADVOGADOS: LEA CRISTINA FRESCHET SAMMARCO E OUTRO(S) – SP041225

MARCUS VINICIUS DE LUCENA SAMMARCO – SP139612

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo em recurso especial manejado contra decisão que negou seguimento ao apelo nobre sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 781-782):

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do art. 541 do CPC. Devidamente atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça entende aplicável o princípio da insignificância aos danos ambientais de pequena monta, conforme ilustra a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI Nº 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes.

2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

4. Na espécie, ainda que a conduta do apenado atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, haja vista que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, na medida em que o comportamento atribuído não se mostrou suficiente para desestabilizar o ecossistema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – Quinta Turma – AgRg no RESP 1263SOO/SC – Relator Ministro Jorge Mussi – j. 12.08.2014)

De outra parte, a controvérsia em torno da existência do dano ambiental e seu dimensionamento para efeito de aplicação de

sanções ao respectivo autor é questão de ordem fática, que implica o revolvimento do quadro probatório, vedado pela Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Contraminutas apresentadas à e-STJ, fls. 826-835.

O recorrente, na peça de agravo em recurso especial, pondera que a questão fática foi totalmente delimitada pelo aresto combatido, restando incontroverso o derramamento de óleo e, conseqüentemente, a existência do dano ambiental. Logo, o debate consiste eminentemente em matéria de direito – possibilidade da aplicação do princípio da insignificância na seara da indenização por dano ambiental.

Ademais, impugnou de maneira específica os fundamentos da decisão de admissibilidade do recurso especial (e-STJ, fls. 787-806), razão pela qual conheço e dou provimento ao agravo, passando a julgar o recurso especial.

Trata-se de recurso especial manejado pelo Ministério Público Federal, com fulcro no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (e-STJ, fls. 614-615):

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – VAZAMENTO DE ÓLEO DE NAVIO INTERNACIONAL – LEGITIMIDADE DO AGENTE MARÍTIMO – LEI Nº 9.966/00 – DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL – EXISTÊNCIA DE DANO – DERRAMAMENTO DE 10 LITROS DE ÓLEO – INSIGNIFICÂNCIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I- Conquanto não traga a questão como matéria preliminar, diz a ré, Fertimport S/A, que não pode ser responsabilizada pelo vazamento de óleo do navio “Samos Sky”, de bandeira liberiana. Acontece que o agente marítimo, como representante da empresa armadora estrangeira na localidade, torna-se responsável pelos danos ambientais decorrentes do vazamento de óleo, nos termos do artigo 25, §1º, I, da Lei nº 9.966/00. Precedente: TRF 3ª Região, AC nº 02054726819984036104, 6ª Turma, Rel.ª Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 19.04.2012, e-DJF3 26.04.2012.

II - Incontroverso que houve vazamento de óleo do navio, fato demonstrado pelos inúmeros documentos acostados aos autos, tais como: Relatório de Inspeção (fls. 23), Comunicação Inicial de Incidente (fls. 24), Registro Diário de Ocorrências (fls. 21/30), Planilha de Dados e Informações da Capitania dos Portos (fls. 29/41), depoimentos testemunhais colhidos em juízo (fls. 210/215), entre outros.

III - O documento elaborado pela Capitania dos Portos de São Paulo anota que:

De acordo com o Laudo nº 1341/2002/CBx-S da Companhia de Tecnologia de Saneamento Básico – CETESB, em 08/11/2002, por volta das 14h, em diligência no armazém 13 deste Porto, foi constatado um vazamento de óleo, na saída do duto do tanque de lastro do navio “SAMOS SKY”, localizada na aleta de boreste. O fluxo de saída do óleo não era constante, porém brotava em pequenas bolhas. Foi constatado, ainda, que os responsáveis pelo navio conseguiram estancar o vazamento e o produto derramado, estimado em 10 (dez) litros, sendo removido através de procedimentos de contenção e recolhimento desenvolvidos pela CODESP. O óleo derramado ficou contido nas proximidades do navio, não sendo verificada a presença deste em áreas de mangue e/ou praias próximas, assim como não houve grandes danos à biota marinha. Conclui-se que o impacto ambiental decorrente deste vazamento de pequenas proporções, em face da quantidade de litros derramados, foi pontual e restringiu-se ao local do certame (fls. 35/36).

IV - A prova pericial foi indeferida por ser desnecessária. Contra esta decisão, não foi interposto o recurso adequado, operando-se a preclusão.

V - Ao contrário do entendimento firmado em sentença, o dano é concreto, porém insignificante. De acordo com a Lei nº 6.938/81, para que o derramamento de óleo seja poluente, é preciso que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete desfavoravelmente a biota, afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

VI - No caso em apreço, foi atestado que:

[o] óleo derramado ficou contido nas proximidades do navio, não sendo verificada a sua presença em áreas de mangue e/ou praias próximas, assim como não houve mortandade de organismos, tais como peixes, crustáceos e outros (fls. 54/55).

VII - A quantidade de óleo derramado (10 litros) revelou-se insignificante para a aplicação de sanção civil à ré, em que pese a empresa ter sido multada no âmbito administrativo em R\$ 47.719,63 (quarenta e sete mil, setecentos e dezenove reais e sessenta e três centavos).

VIII- Configuram-se requisitos para a incidência do princípio da insignificância a mínima ofensividade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Tais requisitos encontram-se presentes na hipótese, porquanto além da pouca quantidade de óleo derramado, a conduta positiva dos responsáveis pelo navio evitou o espalhamento da substância e possibilitou o seu recolhimento e remoção, não chegando a afetar áreas de mangue e nem de praias próximas e tampouco afetando a biota marinha.

IX - Precedentes desta E. Corte.

X - Apelações improvidas.

O recorrente afirma que o Tribunal *a quo*, ao aplicar o princípio da insignificância, sob o fundamento de que o derramamento de ínfima quantidade de óleo não é poluente, divergiu de julgado desta Segunda Turma – REsp 1.367.923/RJ – cuja tese jurídica é a de que “a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo em vista da ameaça de danos à sociedade” (e-STJ, fl. 698).

Pondera que o entendimento externado no aresto combatido mitiga o real alcance da responsabilidade civil ambiental. Dessa forma, deve ser reformado para garantir o amplo alcance de importante instituto.

Alega, no recurso especial, que o aresto impugnado negou vigência, inicialmente, à previsão do art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981, pois aplicou o princípio da insignificância – fruto de estudo de política criminal – na esfera reparatória da responsabilidade ambiental. Nesse sentido, assevera que “a aplicação do princípio da insignificância na seara da indenização por dano ambiental mostra-se absolutamente desarrazoada, tendo em vista que o bem juridicamente tutelado é de extrema relevância e os titulares são indeterminados [...]” (e-STJ, fl. 689).

Aduz, ainda, que, apesar de um pequeno vazamento não ser crítico por si só, quando computado o acumulado dos sucessivos pequenos vazamentos, o prejuízo é somatizado, adquirindo proporções descomunais.

Sustenta, também, que a decisão violou a previsão do art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, porquanto o derramamento de qualquer quantidade caracteriza poluição na inteligência do referido diploma legal.

Argumenta, em síntese, que “a poluição do estuário por dez litros de óleo é dotada de ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade e expressiva lesão jurídica ao meio ambiente tutelado, não ensejando sequer a hipotética aplicação do princípio [da insignificância] em comento” (e-STJ, fl. 693).

Salienta que a incidência do princípio da insignificância na espécie vulnera outros princípios de igual estatura: princípio da restauração, da recuperação e da reparação do meio ambiente.

Assevera que o aresto impugnado vulnerou o disposto no art. 17 da Lei nº 9.966/2000, pois, ao reconhecer o dano e o nexo de causalidade, o Tribunal *a quo* deveria ter reconhecido também a indenização, em razão da responsabilidade objetiva.

Pleiteia o provimento do recurso para que o aresto impugnado seja reformado, a fim de reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância na espécie. Essa é a interpretação lógico-sistêmica do pedido, entendimento cristalino na petição recursal (e-STJ, fls. 688-701):

Cinge-se o presente recurso à análise da aplicação do princípio da insignificância na seara dos direitos difusos indisponíveis. É imperioso ressaltar a preponderância da Constituição Federal e da Política Nacional do Meio Ambiente sobre tal construção doutrinária em matéria ambiental. [...]

Veja-se, portanto, que, a contrario sensu, a aplicação do princípio da insignificância, na seara da indenização, por dano ambiental, mostra-se absolutamente desarrazoada, tendo em vista que o bem juridicamente tutelado é de extrema relevância e os titulares são indeterminados, compreendendo também as futuras gerações conforme expressa redação da Constituição Federal de 1988 [...].

Contrarrazões apresentadas à e-STJ, fls. 747-761.

Parecer do Ministério Público Federal (e-STJ, fls. 860-861) pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 667.867 / SÃO PAULO (2015/0041944-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): O acórdão proferido na origem foi publicado na vigência do CPC/1973, razão pela qual os requisitos de admissibilidade do apelo nobre devem seguir a sistemática processual correspondente, nos termos do Enunciado administrativo nº 2/STJ, com o seguinte teor:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

I – DA DIVERGÊNCIA PRETORIANA

O recorrente sustenta que o acórdão questionado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma nos autos do REsp 1.367.923/RJ, cuja ementa segue transcrita:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.
3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.
4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 6/9/2013)

Afirma que, no acórdão recorrido, se decidiu pela tese de que o vazamento de óleo só é poluente quando implicar prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar da população. Sustenta dissídio com o julgado supracitado, pois a Segunda Turma considerou que qualquer degradação ao meio ambiente enseja, por si só, dano moral coletivo em vista da ameaça de danos à sociedade.

Inicialmente, destaco que o apelo nobre não merece conhecimento no tocante ao dissídio jurisprudencial alegado.

O provimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional pressupõe uma mesma situação fática com solução jurídica diversa; nesse aspecto, os fatos devem guardar similitude e apenas a subsunção normativa é que diverge em ambas as decisões.

Ocorre que, na espécie, o aresto impugnado trata do reconhecimento de dano ambiental em razão do derramamento de 10 litros de óleo e, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, o paradigma colacionado refere-se ao armazenamento inadequado de produtos fibrocimento (amianto) e, conseqüentemente, a possibilidade de condenar o responsável pela degradação ao pagamento de indenização relativa a dano extrapatrimonial ou a dano moral coletivo.

Observa-se, da leitura das ementas, que, tanto no contexto fático como no mérito propriamente dito, os elementos centrais diferem nos dois julgados.

Nesse toar:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.141.990/PR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.141.990/PR (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 19.11.2010), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC/1973, pacificou entendimento no sentido de que: 1) “A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais”; 2) “a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente a 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa”; 3) “a diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas”.

2. “Para a admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea ‘c’ do permissivo constitucional, é imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ)”. (AgRg no AREsp 733.241/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 28/8/2015)

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.158.378/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018)

Dessa forma, não se conhece do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial quando houver substancial diferença entre a cognição exercida no paradigma e a cognição exercida na hipótese, justamente porque são distintas as premissas fáticas em que se assentam os julgados sob comparação.

II – DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

O recorrente pleiteia a declaração de inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria ambiental. De forma específica, aduz que o referido princípio destoa da teleologia normativa insculpida no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981.

Nesse aspecto, pondera, em razão da responsabilidade objetiva, uma vez reconhecido o dano e o nexo causal, torna-se imperioso o arbitramento da indenização.

Na realidade dos autos, bem delimitada no aresto combatido, cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em conjunto com o Ministério Público Federal objetivando o ressarcimento do dano ambiental causado pelo navio graneleiro “Samos Sky” de bandeira liberiana, propriedade da Pulse Transport Corporation e cujo agenciamento marítimo deu-se por meio da ré Fertimport S.A., que se encontrava atracado ao Cais do Armazém 13 no Porto de Santos.

Ocorre que o supracitado navio, no dia 8/11/2002, por volta das 12h30min, sofreu um vazamento de óleo *bunker* no estuário de Santos.

O Juízo de piso julgou a sentença como improcedente, tendo em vista que, apesar do vazamento, não houve dano concreto ao meio ambiente. O Tribunal de origem, em apelação, reconheceu a existência concreta do dano ao meio ambiente, porém, considerou que a ínfima quantidade de óleo derramado não implica poluição, tendo em vista a ausência de prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar da população.

Dessa forma, o aresto impugnado considerou que “a quantidade de óleo derramado (10 litros) revelou-se insignificante para aplicação da sanção civil à ré” (e-STJ, fl. 610).

É o que se depreende do seguinte excerto (e-STJ, fls. 608-609 e 612):

Na hipótese, como acima dito, *o derramamento de óleo é fato incontroverso*. O documento elaborado pela Capitania dos Portos de São Paulo.

[...]

Diante disso, ao contrário do que entendeu a zelosa magistrada, *o caso em apreço não versa sobre dano hipotético, potencial, mas sim de dano concreto, efetivo*.

[...]

Porém, *a par da existência do dano, não se pode deixar de observar a ínfima quantidade de óleo derramado e a inexistência*

de organismos biológicos afetados, o que leva à aplicação do princípio da insignificância.

[...]

Não desconheço a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que se mostra inaplicável o princípio da insignificância em matéria de dano ambiental por força da indisponibilidade do bem jurídico tutelado, porém, reconheço que, no caso concreto, aduzido se bem mostra de pequena ou nenhuma relevância.

Na espécie, o derramamento de óleo é fato incontroverso assim como o dano fica caracterizado como concreto. Nesse aspecto, tanto a conduta mencionada como o efetivo dano decorrente desta conduta foram explicitamente reconhecidos pelo aresto impugnado.

Na jurisprudência do STJ:

[a] responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*. (REsp 1.454.281/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/9/2016)

Assim, em questões ambientais, deve haver a preponderância dos princípios da precaução e do poluidor pagador, insculpidos em nosso ordenamento jurídico, de modo a preservar a teleologia constitucional – art. 225 da Carta Maior – de que todos temos 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.

Dessa forma, há de considerar-se que a responsabilização civil ambiental é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral. Logo, a consubstanciação do dano na conduta por meio do nexo causal é fator preponderante que decorre do risco da atividade – o perigo incutido no exercício econômico. Assim sendo, reconhecido o dano e o nexo causal com a conduta gravosa, a responsabilidade é inescusável, não incidindo causa excludente.

A propósito, colaciono o recurso repetitivo norteador da matéria:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS

MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS.
TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar;

[...]

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/8/2014, DJe 5/9/2014)

Entretanto, conforme se depreende dos autos, o aresto combatido foi prolatado com substrato teórico distinto. A responsabilidade civil ambiental foi afastada não em função do reconhecimento de uma excludente, mas em razão da baixa relevância da conduta gravosa, desqualificada como ação apta a produzir dano ambiental.

A teoria da mínima significância da conduta, amplamente reconhecida na esfera penal, fulmina a tipicidade da conduta. Ocorre que o famigerado princípio da insignificância alberga o entendimento consequencialista cujo pressuposto é que, sendo o direito penal a *ultima ratio*, determinada conduta, apesar de ser formalmente ilícita, é materialmente incapaz de atingir o bem jurídico tutelado.

Cumpra estabelecer-se a supracitada teoria encontra guarita na seara da responsabilidade civil ambiental.

III – DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO ELEMENTO APTO A DESCARACTERIZAR A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Não se olvidou na espécie a reiterada aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, onde o magistrado, ao realizar a subsunção da norma penal ao caso concreto, percebe que não se mostram presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva. Dessa forma, em razão da ausência de periculosidade do agente e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, concluiu-se que a lesão ao bem jurídico foi inexpressiva.

Para verificar a compatibilidade dos institutos – responsabilidade civil ambiental e princípio da insignificância –, em simples técnica de adequação, podemos buscar uma aplicação dos critérios aptos a viabilizar a aplicação principiológica.

Quando transportamos os critérios supracitados para o caso fático, percebemos que a conduta foi minimamente ofensiva, pois o derramamento isolado de 10 litros

de óleo é menos ofensivo do que um vazamento de grandes quantidades. Logo, resta preenchido o primeiro requisito.

No tocante à periculosidade do agente, o exercício hermenêutico exige uma análise das peculiaridades fáticas – em específico quanto à conduta reiterada e demais aspectos subjetivos incutidos no espectro fático-probatório. Ocorre que a referida análise é inviável por força do verbete sumular número 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Nesse aspecto, limitado pelo contexto fático-probatório exalado no aresto combatido, resta considerar preenchido o segundo requisito.

Entretanto, no que atine o terceiro requisito, conduta minimamente ofensiva, há de se considerar que os valores tutelados pela norma não têm caráter patrimonial e visando, exclusivamente, a conservação da biota e a educação socioambiental.

Não se olvidou que parcela da doutrina considera possível aplicar o princípio da insignificância a bens jurídicos distintos do patrimônio. Porém, no presente caso, cumpre estabelecer se a conduta realmente é minimamente ofensiva à conservação da biota e à educação socioambiental. E adianto desde logo que não é.

No tocante à conservação da biota, um pequeno vazamento, mesmo não sendo extensivo, produz um mínimo efeito direto na biota. Ademais, os efeitos indiretos, decorrentes da negligência em reprimir, podem provocar um comportamento sistêmico de mitigação dos riscos da atividade – nitidamente prejudiciais à conservação da biota. Mesmo os derramamentos mais modestos – até porque são mais frequentes – contribuem muito para a deterioração da biota, fazendo-se necessária a coibição e a prevenção de todo tipo de ação/omissão degradante ao meio ambiente, mesmo as mais singulares, como a narrada nos autos. Em igual sentido, sob o prisma da educação socioambiental, é impossível considerar a conduta como minimamente ofensiva.

É imperioso frisar que pequenas práticas contra o meio ambiente, embora pareçam irrelevantes, se reiteradas ou em conjunto com outras, poderão conduzir a danos irreparáveis e incalculáveis, em médio e longo prazo.

Assim, a tutela ao meio ambiente tem caráter preventivo e punitivo, a fim de evitar danos futuros em face de um resultado imprevisível.

O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e em nome do bem-estar desta é que deve ser aplicada.

Logo, o princípio da insignificância é inaplicável à responsabilidade civil ambiental, uma vez que o bem jurídico tutelado é essencial à vida, à saúde de todos, de maneira que os possíveis danos ambientais, ainda que aparentem ser de pequena monta, podem causar consequências graves nem sempre previsíveis.

Ora, impossível outro entendimento, tendo em vista que, na atividade em questão, é necessária a aplicação do princípio da prevenção, o conhecimento sobre os riscos que uma determinada atividade comporta, atribuindo um dever de vigilância e prevenção para evitar possíveis danos ao meio ambiente.

A propósito:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI Nº 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, §3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI Nº 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI Nº 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. *O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, §3º) e infraconstitucionais (Lei nº 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.*

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

[...]

(REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/8/2006, DJ 31/8/2006, p. 203)

Aplica-se esse princípio quando o perigo é certo e quando existem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, por meio da imposição de medidas acautelatórias, de atividades consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras.

Logo, a aplicação do princípio da insignificância ao caso acaba por negar vigência a outros princípios de estatura constitucional e infraconstitucional.

IV – DA EFETIVA CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLUIDORA

Cinge-se dos autos uma importante questão conceitual – a caracterização da atividade como poluidora –, depreendendo do aresto (e-STJ, fl. 609):

Para que o derramamento de óleo seja poluente e preciso que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população, crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete desfavoravelmente a biota, afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente ou lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Conforme o excerto supracitado, o Tribunal *a quo* não considera que um derramamento de pequena quantidade de óleo produz efeitos deletérios aos bens jurídicos afetados pela poluição; por esta razão, afastou da conduta o caráter poluente.

Compreendo que a comprovação do vazamento de óleo, mesmo de pequena monta, importa prejuízo *in re ipsa*, pois, conforme supracitado, além de afetar a biota também implica a degradação ambiental, desconsiderando os padrões ambientais estabelecidos.

Nesse aspecto, sempre é bom lembrar as palavras do ilustre Professor e Ministro Luís Roberto Barroso, em obra intitulada “*Proteção do meio ambiente na Constituição Federal Brasileira*”, publicada na Revista Trimestral de Direito Público, edição nº 2, São Paulo:

No país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, por certo, existe espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental. (BAROSSO, p. 59, 1993)

A preocupação com a degradação ambiental obriga o hermeneuta a realizar uma exegese que contemple pormenorizadamente a axiologia consubstanciada na norma.

É o que se colhe, também, da abalizada doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, *Direito Constitucional Ambiental*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição:

Em outras palavras, pode-se dizer que, no compasso da evolução histórica dos direitos fundamentais, passou-se da perspectiva do indivíduo à da espécie humana, considerada inclusive em perspectiva futura, através da proteção jurídica dos interesses das futuras gerações. Assim como, das liberdades individuais migrou-se à solidariedade planetária. E, assim como os direitos liberais têm o seu alicerce normativo no princípio da liberdade e os direitos sociais

são formatados sob a égide do princípio da igualdade, os direitos de terceira dimensão, como é o caso do direito ambiental, encontrariam – segundo importante doutrina – o seu suporte normativo-axiológico no princípio (e dever) da solidariedade. (SARLET, p. 55, 2017)

Portanto, em observância à dimensão intergeracional do princípio (dever) da solidariedade, torna-se necessário consubstanciar as responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas – geração de viventes –, de forma a resguardar as condições mínimas de existências para as pessoas que habitarão o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro do nosso povo.

O reconhecimento da necessidade de preservação para as futuras gerações amplia a dimensão temporal do conceito de dignidade humana para as existências humanas futuras. Cuida-se da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, pelas razões já referidas, pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade humana. Portanto, consolidou-se a formatação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental – assim como o bem-estar social – indispensável a uma vida digna, saudável e segura.

Ademais, a dignidade humana é um conceito em permanente processo de reconstrução, quanto ao sentido do seu alcance, o que implica sua permanente abertura aos desafios postos pela vida social, econômica, política, cultural e ambiental, ainda mais em virtude do impacto da sociedade tecnológica e da informação.

Não se pode conceber uma vida digna sem um ambiente natural saudável e equilibrado.

Na espécie, considerar que um derramamento de óleo – independente da quantidade – não configura poluição ou degradação ambiental, implica distorção da regra disposta no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/1981, assim como vilipêndio de todo o ordenamento jurídico ambiental.

Derramamento de óleo é poluição. Seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, “e”, da Lei nº 6.938/1981, c/c o art. 17 da Lei nº 9.966/2000) seja por conclusão lógica na estrita observância dos princípios da solidariedade, dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras.

Dificuldade maior reside no cômputo do valor hábil a prevenir e reparar o dano ocasionado.

De fato, averba Fábio Feldann, *apud* na colenda obra do doutrinador e Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, intitulada “*Dano ambiental: preservação, reparação e repressão*”, Revista dos Tribunais:

[...] não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu a violência do corte raso? Como purificar lençóis freáticos contaminados por agrotóxicos. (FELDANN, p. 5, 1993)

Com efeito, muitos danos ambientais são compensáveis, mas, sob a ótica da ciência e da técnica, irreparáveis.

Nesse aspecto, caberia ao Tribunal *a quo*, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, lastreado na razoabilidade e proporcionalidade, tangenciar a lesividade da conduta e arbitrar um valor justo às peculiaridades da causa. Porém, independente da extensão, o reconhecimento do dano ambiental e do nexo causal com a conduta impõe categoricamente o arbitramento de uma indenização.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido, a fim de reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0041944-0

PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 667.867 / SP

Números Origem: 00046439520034036104 1625118 200361040046438
46439520034036104

EM MESA

JULGADO: 17/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: FERTIMPORT S/A

ADVOGADOS: LEA CRISTINA FRESCHET SAMMARCO E OUTRO(S) – SP041225

MARCUS VINICIUS DE LUCENA SAMMARCO – SP139612

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Responsabilidade da Administração – Indenização por Dano Ambiental**

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, Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.986 / PARANÁ (2018/0046860-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

EMBARGANTE: ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORES: MARCIA DIEGUEZ LEUZINGER E OUTRO(S) – DF009049

DANIELA DE SOUZA GONÇALVES E OUTRO(S) – PR048154

EMBARGADO: BRASCARBO AGROINDUSTRIAL LTDA

ADVOGADOS: ANTONIO AUGUSTO GRELLERT – PR038282

EMERSON CORAZZA DA CRUZ – PR041655

SOC. de ADV.: A. AUGUSTO GRELLERT ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA, PROCESSUAL E MATERIAL. MARCO TEMPORAL PARA A INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL.

1. Em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova.
2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.
3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.

4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

5. Embargos de divergência não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Licenciada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 20 de março de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.986 / PARANÁ (2018/0046860-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

EMBARGANTE: ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORES: MARCIA DIEGUEZ LEUZINGER E OUTRO(S) – DF009049

DANIELA DE SOUZA GONÇALVES E OUTRO(S) – PR048154

EMBARGADO: BRASCARBO AGROINDUSTRIAL LTDA

ADVOGADOS: ANTONIO AUGUSTO GRELLERT – PR038282

EMERSON CORAZZA DA CRUZ – PR041655

SOC. de ADV.: A. AUGUSTO GRELLERT ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão proferido pela Segunda Turma, Relator o Ministro Francisco Falcão, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DATA DA SENTENÇA. NORMA VIGENTE.

I - A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Neste sentido: REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017; REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016; AgInt no REsp 1657177/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017.

II - Agravo interno improvido.

Sustenta o embargante dissídio jurisprudencial com o seguinte aresto:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – COMPENSAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA SOB A ÉGIDE DO CPC/73 – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO – JUROS REMUNERATÓRIOS CONSIDERADOS ABUSIVOS – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE LIMITARAM O ENCARGO À TAXA MÉDIA DE MERCADO PARA OPERAÇÕES DA ESPÉCIE CHEQUE ESPECIAL – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA LIMITAR AS TAXAS DE JUROS REMUNERATÓRIOS À TAXA MÉDIA APURADA PELO BANCO CENTRAL EM OPERAÇÕES DA ESPÉCIE CONTRATADA (CARTÃO DE CRÉDITO), MANTIDA A VERBA HONORÁRIA FIXADA NA ORIGEM, COM A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 21 DO CPC/73. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

Hipótese: Controvérsia limitada à possibilidade de compensação da verba honorária *in casu*, levando-se em consideração a discussão relativa à aplicação das normas do NCPC (direito

intertemporal), notadamente o art. 85, §14, que expressamente vedou a compensação.

1. Os honorários advocatícios possuem natureza tanto processual quanto material (híbrida). Processual por somente poderem ser fixados, como os honorários sucumbenciais, no bojo de demanda judicial cujo trâmite se dá com amparo nas regras de direito processual/procedimental. Material por constituir direito alimentar do advogado e dívida da parte vencida em face do patrono da parte vencedora.

2. A despeito do caráter híbrido (processual/material) dos honorários e de esses não interferirem no modo como a tutela jurisdicional é prestada no processo, é certo que o provimento conferido às partes no âmbito material, somado à análise do grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço – questões essas eminentemente processuais – não só interferem como delineiam os honorários sucumbenciais fixados pelo magistrado. Com a entrada em vigor no novo CPC, tais critérios de valoração não se modificaram, pois previstos de forma específica no diploma processual civil revogado (artigo 20, §3º) e estão delineados, igualmente, no novel normativo processual (artigo 85, §2º).

3. Diversamente do que ocorreu com os artigos 1º-D da Lei nº 9.494/97 e 29-C da Lei nº 8.036/90, os artigos 82, §2º, e 85 do NCPC, não extirparam/excluíram/suprimiram/reduziram o direito do advogado aos honorários advocatícios, mas apenas estabeleceram uma nova ordem para a aplicação da distribuição da verba sucumbencial. Por não ter havido exclusão de direito, mas apenas modificação no formato de sua estipulação, não há falar em direito adquirido a fim de conclamar incido o novo diploma normativo apenas às demandas ajuizadas após a data de sua entrada em vigor, porquanto, consoante estabelecido no artigo 14 do NCPC, o novel diploma normativo processual incidirá imediatamente aos processos em curso.

4. A evolução jurisprudencial operada nesta Corte que passou a evidenciar serem os honorários advocatícios verba alimentar e pertencerem exclusivamente aos advogados denotava e clamava a superação do entendimento sumulado no enunciado 306/STJ, porquanto incongruente com as mais novas conclusões jurídicas afetas à matéria, porém, tal enunciado permaneceu hígido até a edição do artigo 85, §14, do NCPC: “os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios

dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

5. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficarão estabelecidas a sucumbência entre os pedidos das partes, bem ainda todos os requisitos valorativos para a fixação da verba sucumbencial (honorários advocatícios). Esse pronunciamento não se confunde com a sentença *stricto sensu*, notadamente porque, na hipótese de provimento recursal com a modificação da sucumbência, em face da determinação legal de que a norma processual é aplicável imediatamente aos processos em curso (artigo 14 do NCPC), o novel diploma normativo processual incidirá, independentemente de o reclamo ter sido manejado sob a égide do revogado código processual. Tal entendimento se coaduna/não contrasta com os enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na sessão de 9 de março de 2016.

6. No caso, a despeito do provimento monocrático do reclamo ter se dado sob a égide do NCPC, não existiu qualquer modificação na sucumbência das partes, mas apenas o adequado enquadramento na jurisprudência desta Corte Superior acerca de direito já considerado pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual adequada a manutenção da compensação de honorários estabelecida na origem, nos termos do enunciado 306 da Súmula do STJ.

7. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1481917/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 11/11/2016)

Aduz que, conforme se verifica do acórdão paradigma, a lei que rege a aplicação da sucumbência no processo deve ser aquela vigente à data da deliberação que a impõe ou modifica. Afirma que “a Lei vigente à época em que foi proferido o acórdão que modificou totalmente a sentença de primeiro grau é o Código de Processo Civil de 2015, devendo esta Lei, portanto, ser aplicada para a fixação dos honorários de advogado”.

Decisão de admissibilidade às fls. 558-560.

Impugnação aos embargos às fls. 564-615.

É o relatório.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.986 / PARANÁ (2018/0046860-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

EMBARGANTE: ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORES: MARCIA DIEGUEZ LEUZINGER E OUTRO(S) – DF009049
DANIELA DE SOUZA GONÇALVES E OUTRO(S) – PR048154
EMBARGADO: BRASCARBO AGROINDUSTRIAL LTDA
ADVOGADOS: ANTONIO AUGUSTO GRELLERT – PR038282
EMERSON CORAZZA DA CRUZ – PR041655
SOC. de ADV.: A. AUGUSTO GRELLERT ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA, PROCESSUAL E MATERIAL. MARCO TEMPORAL PARA A INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL.

1. Em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova.

2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.

4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

5. Embargos de divergência não providos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia dos autos está em definir a regra de direito intertemporal que terá eficácia – a lei processual velha (CPC/73) ou a lei processual nova (CPC/15) –, em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, quando se estiver diante de processo pendente ao tempo do advento do novo Código de Processo Civil.

O acórdão embargado, lastreado na ampla jurisprudência da Casa, entendeu que:

O recurso de agravo interno não merece provimento.

Nos termos do enunciado nº 568 da Súmula desta Corte Superior e do art. 255, §4º, inciso III, do RISTJ, o relator está autorizado a decidir monocraticamente quando houver jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não há que se falar em ilegalidade relativamente a este ponto.

A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Sem razão a parte agravante.

A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado.

Sobre o assunto, destacam-se os seguintes julgados, *in verbis*:

[...]

(REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)

[...]

(REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

[...]

(AgInt no REsp 1657177/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017)

[...]

(REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017)

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

O acórdão paradigma, apreciando a mesma questão, no entanto, houve por bem aplicar a lei nova:

[...] A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficarão estabelecidas a sucumbência entre os pedidos das partes, bem ainda todos os requisitos valorativos para a fixação da verba sucumbencial (honorários advocatícios). Esse pronunciamento não se confunde com a sentença *stricto sensu*, notadamente porque, na hipótese de provimento recursal com a modificação da sucumbência, em face da determinação legal de que a norma processual é aplicável imediatamente aos processos em curso (artigo 14 do NCPC), o novel diploma normativo processual incidirá, independentemente de o reclamo ter sido manejado sob a égide do revogado código processual. Tal entendimento se coaduna/não contrasta com os enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na sessão de 9 de março de 2016.

3. De início, deve-se perquirir acerca da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais, já que não é possível assentar qual a norma processual adequada a incidir na hipótese vertente – o CPC/1973 ou o CPC/2015 – sem o prévio exame da precisa conceituação jurídica do instituto.

Não se pode olvidar que a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, no que tange às regras processuais, as novas normas do Código de Processo Civil começam a ser aplicadas a partir da revogação do CPC/1973.

Todavia, impõe-se indagar se a real natureza jurídica dos honorários advocatícios é processual, isto é, se as regras previstas pelo novo CPC incidem imediatamente nos processos em andamento.

Frise-se que a Corte Especial do STJ já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC. DISCUSSÃO SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.

3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA.

4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes – apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos –, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório

e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

8. A ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância.

9. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1113175/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012)

Registrem-se, ainda, outros precedentes da lavra desta Corte propugnando que, em homenagem à natureza processual-material, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas pela lei nova (subsequente):

RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. APLICABILIDADE.

1. “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.” (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

2. *Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.*

3. *As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.*

4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à

parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

5. Ajuizada a execução posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, é de se reconhecer que “não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

6. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp 470.990/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2002, DJ 12/05/2003)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA INICIADA ANTES DO ADVENTO DA MP 2.180-35, DE 24/08/2001, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 1º-D À LEI 9.494/97. REGRA GERAL DO ARTIGO 20, §4º, DO CPC. PROVIMENTO NEGADO.

1. A regra contida no artigo 20, §4º, do estatuto processual civil foi excepcionada pelo artigo 1º-D da Lei nº 9.494/97, com a redação determinada pelo artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que dispõe: “Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

2. *Como é sabido, as normas processuais têm aplicação imediata mesmo para os processos em curso. Entretanto, por se tratar de norma processual com reflexo material, não incide para retirar direito adquirido à percepção dos honorários advocatícios.*

3. Verifica-se que a execução iniciou-se antes do advento da norma provisória, logo cabível a estipulação dos honorários de advogado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 267.365/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 27/06/2005)

Observa-se, portanto, que, não obstante a taxionomia atinente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto enverga verdadeira natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o permeiam.

Com efeito, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual-material, pois, apesar da previsão em diploma processual, conferem direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa

à instauração do processo, versando assim sobre situação jurídica substancial. À guisa de exemplo:

Trata-se de direito processual material, pois, “apesar de sua natureza eminentemente processual, por estar inserido na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter como objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, ele confere um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo.” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *O direito intertemporal e as novidades do novo Código de Processo Civil em tema de honorários advocatícios*. In: PESSOA, Fabio Guidi Tabosa; YARSELL, Flavio Luiz (Coords.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Coleção grandes temas do novo CPC*. vol. 7. Direito intertemporal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106)

Para essa categoria de normas, aliás, Dinamarco propõe uma disciplina de direito intertemporal específica:

Como toda lei, em princípio, a processual terá *efeito imediato* (LINDB, art. 6º – CPC, arts. 14 e 1.046, *caput*), o que significa que em princípio será *eficaz a partir de quando vigente*. Mesmo já vigente, porém, ela deixa de impor seus preceitos a certas *situações já consumadas sob o império da lei anterior* e que, por razões de políticas inerentes ao devido processo legal substancial, o Estado de Direito opta por preservar. Restringe-se a *eficácia* da lei processual, por isso, para deixar intactos o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada (Const., art. 5º, inc. XXVI – LINDB, art. 6º), sendo a esse propósito explícito o art. 14 do Código de Processo Civil, segundo o qual.

[...]

O exagero que às vezes conduz a *radicalizar a aplicação imediata da lei processual civil* é, ao menos em parte, reflexo de uma outra postura igualmente exacerbada e consistente na obsessão em extrair todas as consequências imagináveis do correto postulado da *autonomia da relação processual, da ação e do próprio direito processual como um todo*. Não é lícito pôr em dúvida essa autonomia em face do direito substancial e de seus institutos, neste estágio avançadíssimo da cultura processualística – mas a moderna ciência processual tem também a consciência da *relativização do binômio direito-processo* e da relação de instrumentalidade do processo

em face do direito substancial, responsáveis pela aproximação desses dois planos do ordenamento jurídico e pela consciência das recíprocas influências trocadas entre eles. *Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental).*

Essa premissa metodológica tem como consequência o repúdio a critérios que, com fundamento no dogma da autonomia do direito processual e seus institutos em relação à ordem jurídico-substancial, deixem de levar em conta a existência de categorias jurídicas que não pertencem exclusivamente àquele, mas compartilham de uma natureza dúplice [...]. *A aplicação da lei nova que elimine ou restrinja insuportavelmente a efetividade de situações criadas por essas normas bifrontes transgrediria as garantias de preservação contidas na Constituição e na lei, porque seria capaz de comprometer fatalmente o direito de acesso à justiça em casos concretos – e, conseqüentemente, de cancelar direitos propriamente substanciais dos litigantes. Seria ilegítimo transgredir situações pré-processuais ou mesmo extraprocessuais [...], as quais configuram verdadeiros direitos adquiridos e, como tais, estão imunizadas à eficácia da lei nova por força da garantia constitucional da irretroatividade das leis.*

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 189-190)

Ressalte-se, também, que os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. Trata-se, em verdade, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito, com a respectiva formação do direito material pertencente ao advogado.

A propósito:

Os honorários advocatícios não interferem no modo como a tutela jurisdicional será prestada no processo. Eles visam a remunerar o advogado por seu trabalho. É certo que da condenação em honorários depende a prestação de uma tutela jurisdicional integral, de modo que a necessidade do processo não reverta em dano àquele que utilizou esse instrumento para o reconhecimento de um direito. Trata-se, no entanto, de condenação imposta em face de situação diversa daquela discutida no mérito do processo, que se sujeita a fatos constitutivos

distintos e dá azo à formação de outro direito material, pertencente ao advogado e não à parte. Em tal contexto, alterar a disciplina dos honorários advocatícios pode comprometer a compensação do dano que o processo impõe à parte que tem razão [...].

(LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho (Coords. Flávio Luiz Yarshell e Fábio Guidi Tabosa Pessoa). *Direito intertemporal*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Coord. Geral. Fredie Didier Jr.), Vol 7. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106).

De fato, a natureza dos honorários está inserida no reconhecimento de um direito material em juízo, substanciado no direito subjetivo de crédito do advogado (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 176-177).

Nesse passo, em razão de constituir direito alimentar do advogado, verifica-se que os honorários de sucumbência deixaram de ter função propriamente reparatória para assumir feição remuneratória, razão pela qual o Estatuto da OAB destinou a verba ao advogado da causa e reconheceu-lhe a autonomia do direito à execução.

É o que aponta a jurisprudência desta Corte Especial:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSO CIVIL. FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA HABILITAÇÃO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. CESSÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO. PRECATÓRIO. ESPECIFICAÇÃO DO CRÉDITO RELATIVO À VERBA ADVOCATÍCIA OBJETO DA CESSÃO DE CRÉDITO. HABILITAÇÃO DO CESSIONÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. De acordo com o Estatuto da Advocacia em vigor (Lei nº 8.906/94), os honorários de sucumbência constituem direito autônomo do advogado e têm natureza remuneratória, podendo ser executados em nome próprio ou nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o causídico, o que não altera a titularidade do crédito referente à verba advocatícia, da qual a parte vencedora na demanda não pode livremente dispor.

2. O fato de o precatório ter sido expedido em nome da parte não repercute na disponibilidade do crédito referente aos honorários advocatícios sucumbenciais, tendo o advogado o direito de executá-lo ou cedê-lo a terceiro.

3. Comprovada a validade do ato de cessão dos honorários advocatícios sucumbenciais, realizado por escritura pública,

bem como discriminado no precatório o valor devido a título da respectiva verba advocatícia, deve-se reconhecer a legitimidade do cessionário para se habilitar no crédito consignado no precatório.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1102473/RS, Rel.ª Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2012, DJe 27/08/2012 – grifos não constantes no original)

O próprio STF, na linha de seus precedentes históricos, reafirmou que os honorários advocatícios de sucumbência, fixados na vigência do art. 20 do CPC de 1973, e mesmo antes da edição da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), pertencem e sempre pertenceram ao advogado, uma vez que: a) “segundo os levantamentos históricos da edição do Código de Processo Civil de 1973, em nenhum momento, pretendeu-se afastar o direito autônomo do advogado à verba honorária”; e b) “se a verba fosse destinada ao litigante, não haveria razão para fixar os honorários conforme os parâmetros revelados no §3º do artigo 20 do referido diploma, a considerar o zelo, o tempo, a complexidade, enfim, fatores relacionados à atuação do causídico no processo”.

O referido precedente recebeu a seguinte ementa:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – EXECUÇÃO – ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

De acordo com a jurisprudência do Supremo, os honorários advocatícios cabem ao advogado.

(STF – Agravo Regimental na Execução na Ação Cível Originária nº 381/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/5/2014, publicado em 27/5/2014)

Anos mais tarde, a Suprema Corte editou a seguinte Súmula vinculante nº 47:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Tal interpretação do *caput* do art. 20 do CPC de 1973 também pode ser extraída de precedente desta Corte Superior proferido pela Terceira Turma no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.010/SP:

[...]

Não cabe dúvida de que, nos termos da primeira parte do art. 23 da Lei nº 8.906/94, “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte”.

Imperioso notar, entretanto, que, de acordo com o art. 20, *caput*, do CPC, os referidos honorários constituem condenação imposta ao perdedor da ação, ou seja, trata-se de dívida da parte vencida em face do advogado da parte vencedora, totalmente desvinculada da condenação principal.

[...]

(STJ – Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 4/9/2008, DJe de 26/9/2008 – grifos no original)

Deveras, não obstante se reporte ao art. 23 da Lei nº 8.906/1994, a eminente Ministra Nancy Andrighi analisou a temática sob a lente do *caput* do art. 20 do CPC para concluir que os honorários advocatícios, fixados na sentença, constituem dívida da parte vencida em face do advogado da parte vencedora.

Do mesmo modo, a doutrina assinala que todos os elementos que são sopesados pelo juiz para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, descritos no §3º do art. 20 do CPC, estão diretamente relacionados à atuação do causídico no processo, tudo a indicar que tal verba é de titularidade do advogado da parte vencedora (ROCHA, Jayme Soares da. *Honorários de sucumbência*: pertencem à parte vencedora ou ao seu advogado? São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 633, p. 236-242, jul. 1988).

Em suma, deve-se ressaír que os honorários advocatícios possuem efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte sucumbente. Acrescenta-se, assim, que tal situação é apta a enquadrá-los no âmbito do direito processual material. Interpretação contrária implicará, indubitavelmente, a ausência de reconhecimento da índole alimentar do instituto, prejudicando o direito dos advogados à remuneração pelo serviço prestado.

4. Fixada, portanto, a natureza jurídica, torna-se relevante estabelecer o marco temporal para a aplicação das novas regras previstas no CPC/2015, pertinentes aos honorários de sucumbência.

Isso porque, conforme salientado, tratando-se de instituto híbrido, não há falar em aplicação imediata da norma.

Quanto ao tema, impende registrar que é assente a jurisprudência do STJ, inclusive de sua *Corte Especial*, já sob a égide do CPC de 2015, reconhecendo que, com relação aos honorários de sucumbência, a sentença deve ser tida como o marco temporal para fins de definição da norma de regência, isto é, o CPC/73 ou o CPC/2015:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. SENTENÇA ARBITRAL. LIMITES SUBJETIVOS. EFETIVO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. VERIFICAÇÃO. TEXTO FORMAL DA SENTENÇA. FORMALIDADES. ATENDIMENTO. APOSTILAMENTO. CONVENÇÃO DE HAIA DE 1969. DECRETO 8.660 DE 29/01/2016. DOCUMENTO PÚBLICO. CONCEITO AMPLO. ASSINATURA, SELO E OU CARIMBO. AUTENTICIDADE. COMPROVAÇÃO. JUÍZO DE DELIBAÇÃO. COMPETÊNCIA. STJ. EXAME DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA. CONDENAÇÃO IMPOSTA NO ESTRANGEIRO. HONORÁRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. MARCO DEFINIDOR. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. O propósito deste julgamento é apreciar pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira proferida por Tribunal constituído no Estado de Nova Iorque (Estados Unidos da América), ratificada pela Divisão de Recursos da Suprema Corte de Nova Iorque, por meio da qual os requeridos teriam sido condenados ao pagamento de US\$ 2.003.290,33 (dois milhões, três mil e duzentos e noventa dólares americanos e trinta e três centavos), em virtude da quebra do contrato social entabulado entre as partes.

2. A comprovação do efetivo exercício da defesa pelos requeridos – ou de sua dispensa na forma legal – no processo julgado no exterior é que define os limites subjetivos da sentença homologanda.

3. Como o juízo do STJ é de mera delibação, a verificação dos limites subjetivos da sentença arbitral estrangeira deve ter em consideração a matéria incorporada ao texto da decisão homologanda, sobretudo quanto às partes e o respectivo exercício do contraditório, a partir do que será verificada a extensão da obrigação apta a se tornar eficaz e exequível no território nacional.

4. Deduz-se dos autos que os requerentes atuaram em nome próprio e na condição de representantes da empresa PRNUSA. LLC, e que somente o réu no processo arbitral – Sr. CARLOS SOBRAL – exerceu amplamente sua defesa e foi condenado ao pagamento da quantia mencionada na sentença homologanda. O processo

deve, portanto, ser extinto sem resolução do mérito em relação à requerida ILLUSION ACESSÓRIOS DE MODAS LTDA, por sua manifesta ilegitimidade passiva.

5. Em relação ao requerido CARLOS SOBRAL, foram atendidas as formalidades necessárias à homologação da sentença arbitral estrangeira, pois foi acostada aos autos cópia da decisão homologanda, de conteúdo condenatório, oficialmente traduzida e apostilada, bem como toda documentação essencial para exame do pedido. Verifica-se, igualmente, que a sentença foi proferida por autoridade competente, a referida parte ré foi citada validamente e houve o trânsito em julgado de decisão que não representa violação à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana ou à ordem pública.

6. O conceito de documentos públicos, constante no art. 2º da Convenção de Haia de Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros de 1961 (Decreto 8.660 de 29 de janeiro de 2016), deve ser interpretado de forma ampla e abrangente, para garantir que o maior número possível de documentos se beneficie do processo de autenticação simplificada da Convenção.

7. Na hipótese dos autos, a autenticidade da assinatura, selo ou carimbo oficiais do Estado de origem apostos no documento legal estrangeiro objeto foi comprovada pelo apostilamento, estando, pois, evidenciada a autenticidade e legitimidade da sentença arbitral objeto do pedido de homologação.

8. O valor da causa, em homologação de sentença estrangeira condenatória, é o da condenação por esta imposta. Precedentes.

9. *O marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015 em relação aos honorários advocatícios é a data da prolação da sentença. Precedentes.*

10. Sentença arbitral estrangeira homologada parcialmente. Processo extinto sem resolução de mérito em relação à requerida ILLUSION ACESSÓRIOS DE MODAS LTDA.

(SEC 14.385/EX, Rel.^a Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DOS REQUERIDOS. VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DA REQUERENTE. OMISSÃO QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

FEITO INICIADO AO TEMPO DO CPC/73, MAS DECIDIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CPC/2015. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. Deve o embargante, ao sustentar a existência de erro, contradição, obscuridade ou omissão, indicar de forma clara o ponto em que a decisão embargada teria incorrido no vício alegado, o que não ocorreu nos declaratórios dos requeridos. Não demonstra eventual vício do art. 1.022 do CPC/2015 a pretensão de rediscussão do julgado que consubstancia mero inconformismo.

3. Reconhecida omissão apontada nos declaratórios da requerente a respeito da distribuição dos ônus sucumbenciais.

4. Para fins de distribuição dos ônus sucumbenciais, inexistente direito adquirido ao regime jurídico vigente quando do ajuizamento da demanda ou quando da manifestação de resistência à pretensão. Existência, apenas, de um lado, de expectativa de direito daqueles que podem vir a ser reconhecidos como credores e, de outro, de expectativa de obrigação daqueles que podem vir a ser afirmados devedores.

5. O marco temporal para a aplicação das normas do CPC/2015 a respeito da fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais é a data da prolação da sentença ou, no caso dos feitos de competência originária dos tribunais, do ato jurisdicional equivalente à sentença.

6. Caso concreto em que a fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais deve observar as disposições pertinentes previstas no CPC/2015, em vigor desde 18.03.2016, uma vez que o acórdão embargado foi prolatado em sessão da Corte Especial de 24.10.2016.

7. Considerados o sincretismo adotado pelo novel Código e o silêncio eloquente do legislador acerca do cabimento de honorários sucumbenciais nos pleitos cautelares (art. 85, §1º), é incabível a fixação de honorários neste momento processual, ficando postergado o arbitramento e exigibilidade de tal verba para ulterior fase processual, qual seja, a do cumprimento de sentença (art. 523, caput e §§ 1º e 2º, c/c art. 527, art. 513 e art. 827, caput e §§ 1º e 2º), que, no caso concreto (sentença estrangeira homologada pelo STJ), ocorrerá perante juízo de primeiro grau de jurisdição (art. 965 do CPC/2015).

8. Embargos de declaração de S/A Fluxo – Comércio e Assessoria Internacional e Manoel Fernando Garcia, Ailaine Fernandes Osório de Siqueira, Marco Antonio de Siqueira Garcia, Maria Pia de Siqueira Garcia e Malemote Participações Ltda. rejeitados.

9. Embargos de declaração de Newedge USA LLC acolhidos, sem efeitos infringentes, somente para o fim de esclarecer que neste momento processual é incabível a fixação de honorários advocatícios. (EDcl na MC 17.411/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017)

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça tem farta jurisprudência no sentido de que, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquela vigente na data da sentença/acórdão que a impõe.* Precedentes: REsp. nº 542.056/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.02.2004; REsp. nº 816.848/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13 de março de 2009; REsp. nº 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008; AgRg no REsp. nº 910.710/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em: 16.09.2008; AgInt nos EDcl no REsp. nº 1.357.561/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em: 04.04.2017, DJe: 19.04.2017; REsp. nº 1.465.535/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.06.2016.

2. A essa jurisprudência há que se adicionar o entendimento desta Corte em relação à vigência do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que estabeleceu como novidade os honorários sucumbenciais recursais. Sendo assim, para os recursos interpostos de decisões/acórdãos publicados já na vigência do CPC/2015 (em 18.03.2016) é cabível a fixação de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do CPC/2015: Enunciado Administrativo nº 7/STJ – “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do NCPC”.

3. Sendo assim, são possíveis, em princípio, quatro situações: a) que o processo tenha sentença, decisão em segundo grau e decisão

em instância especial todos na vigência do CPC/1973: a.1) aplica-se integralmente o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para todo o processo, não havendo que se falar em honorários sucumbenciais recursais; b) que o processo tenha sentença e decisão em segundo grau na vigência do CPC/1973 e decisão em instância especial na vigência do CPC/2015: b.1) aplica-se o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para a fixação dos honorários na sentença, b.2) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo), b.3) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial); c) que o processo tenha sentença na vigência do CPC/1973 e acórdão em segundo grau e acórdão em instância especial na vigência do CPC/2015: c.1) aplica-se o regime previsto no art. 20, do CPC/1973 para a fixação dos honorários na sentença; c.2) não há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo); c.3) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial); d) que o processo tenha sentença, acórdão em segundo grau e acórdão em instância especial na vigência do CPC/2015: d.1) aplica-se o regime previsto no art. 85, do CPC/2015 para a fixação dos honorários na sentença; d.2) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da sentença (v.g. no julgamento da apelação ou do agravo); d.3) há honorários sucumbenciais recursais no julgamento do recurso da decisão de segundo grau (v.g. no julgamento do recurso especial). Dito de outra forma, ocorre a aplicação integral do CPC/2015.

4. No caso concreto, a sentença que originalmente negou a fixação da verba honorária o foi publicada no ano de 2014, ainda na vigência do antigo CPC/1973 (e-STJ fls. 1056). Indiferente ao caso ter havido a fixação da verba posteriormente em virtude de provimento de recurso de agravo de instrumento no Tribunal de Origem sob a vigência do CPC/2015, isto porque o que sempre esteve em discussão nos recursos interpostos (efeito devolutivo) foi a aplicabilidade do art. 20, do CPC/1973 na sentença. Desse modo, o regime aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquele previsto no art. 20 e parágrafos do CPC/1973 e não o do art. 85 do CPC/2015, que teve sua vigência iniciada apenas em 18.03.2016. Assim, sem razão o recorrente, o recurso especial merece negativa de provimento, no ponto.

5. Já em relação ao pedido sucessivo de revisão da verba honorária em razão de violação ao juízo de equidade, melhor sorte não socorre a recorrente. Isto porque, consoante os fatos descritos na decisão recorrida (art. 20, §3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC/1973), o caso é de verba honorária fixada em sede de cumprimento de sentença onde o trabalho desenvolvido pelo advogado é mediano e o valor fixado se aproximou mais daquele apontado pela executada. De registro que as verbas honorárias na ação principal foram objeto de sucumbência recíproca, donde a necessidade de se equilibrar a fixação da verba honorária em sede de cumprimento de sentença com o que decidido no objeto principal da ação (e-STJ fl. 524). Além disso, a Corte de Origem não fez nenhuma consideração quanto aos demais critérios do §3º do art. 20 do CPC/1973, o que impossibilita qualquer diagnóstico de haver ou não irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária fixada em relação a eles. Precedentes: REsp. nº 1.579.555 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09.08.2016; AgInt no REsp. nº 1.587.611 – SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09.08.2016.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1649720/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 83/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

1. Cuida-se de irresignação com a decisão do Tribunal de origem que entendeu que apenas os residentes dentro da faixa de zoneamento referente à Estação de Tratamento contam com o direito à indenização. Os recorrentes que, consoante as provas dos autos, moram fora do zoneamento ficaram inconformados por não ter sido configurado, quanto a eles, o dano moral.

2. O órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que, para chegar a conclusão diversa, torna-se imprescindível reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado em Recurso Especial. Imiscuir-se na presente aferição encontraria óbice no édito 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. Com relação ao pleito de majoração dos danos morais, esclareça-se que o STJ só excepcionalmente admite a revisão do valor da indenização por dano moral “em caso de patente absurdo, quando se extrapole inteiramente do razoável, seja para mais ou para menos”. (REsp 71.778-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 87/228) E tal não é a hipótese dos autos.

4. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que “em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015”. (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 22/8/2016)

5. A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.

6. De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior: “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

7. Em face dos contornos de direito material, não é possível sustentar-se a aplicação das novas regras de honorários recursais a partir de 18.3.2016, data em que entrou em vigor o novo CPC. De fato, a aplicação imediata do instituto, seguindo o princípio do isolamento dos atos processuais, revestirá a defendida natureza material com o capeirão da vertente processual, desconstruindo, como consequência cartesiana, toda a legislação, a jurisprudência e a doutrina, que reconheceram, após décadas de vicissitudes, o direito alimentar dos advogados à percepção de honorários.

8. No presente caso, a sentença foi publicada antes de 18.3.2016. Logo, aplicam-se aos honorários sucumbenciais o CPC/1973.

9. Admite-se a compensação de honorários advocatícios, em consonância com o entendimento firmado no julgamento do REsp 963.528/PR (TEMA 195 do STJ), afetado à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com base no procedimento

da Lei nº 11.672/2008 e Resolução 8/2008 (Lei de Recursos repetitivos), segundo o qual: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

10. Verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

11. Recurso Especial de que parcialmente se conhece e, nessa parte, nega-se-lhe provimento.

(REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)

TRIBUTÁRIO. ITCD. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DATA DA SENTENÇA OU DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 85, §2º E §3º DO CPC/2015. SÚMULA Nº 282/STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 108 E 165 DO CTN. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. LEI ESTADUAL Nº 10.175/1998. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 280/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE QUANDO NÃO HÁ INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO.

I - A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação. Neste sentido: REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em: 22/08/2017, DJe: 13/09/2017; REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em: 21/06/2016, DJe: 22/08/2016; AgInt no REsp 1657177/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em: 17/08/2017, DJe: 23/08/2017; REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em: 27/06/2017, DJe: 31/08/2017.

II - A sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, resta evidenciada a falta de prequestionamento do art. 85, §2º e §3º, do CPC/2015, o qual traz novo disciplinamento para a verba sucumbencial. Incide na espécie a súmula 282 do STF.

*III - Com relação à alegação de violação dos arts. 108 e 165 do CTN, verifica-se que o Tribunal *a quo*, para decidir a controvérsia,*

interpretou legislação local, *in casu*, a Lei Estadual nº 10.175/1998, o que implica a inviabilidade do recurso especial, aplicando-se, por analogia, o teor do enunciado nº 280 da Súmula do STF.

IV - Quanto à alegação de divergência jurisprudencial, conforme a previsão do art. 255, §1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula nº 284 do STF.

V - Da análise do recurso especial, observa-se que o recorrente não aponta qual o dispositivo infraconstitucional teria sido objeto de interpretação divergente pelos julgados em confronto, desbordando da previsão contida no art. 105, III, "c", da *Lex Mater*, o que impede a apreciação dessa parcela recursal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido: AgInt no REsp 1581326/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em: 02/02/2017, DJe: 03/03/2017; AgRg no AREsp 484.048/PB, Rel.ª Min.ª ASSUSETE MAGALHÃES, DJe: 03/09/2014;

AgInt no AREsp 895.772/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em: 7/3/2017, DJe: 13/3/2017.

VI - Agravo interno improvido

(AgInt no REsp 1696013/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em: 15/05/2018, DJe: 21/05/2018)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal.

2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.

3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz e kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.

5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte, deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto.

6. *O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.*

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E INTERTEMPORAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 E PUBLICADA JÁ QUANDO EM VIGOR O CPC/2015. NOVO ESTATUTO. OBSERVÂNCIA.

1. No que diz respeito às causas em que for parte a Fazenda Pública, o art. 85, §3º, I a V, do CPC/2015 estabeleceu critérios objetivos para a fixação dos honorários de sucumbência com base no valor da condenação ou do proveito econômico obtido na demanda, prevendo cinco faixas progressivas e escalonadas como parâmetro para tal apuração.

2. Apesar de a propositura da ação demarcar os limites da causalidade e os riscos de eventual sucumbência, o Superior Tribunal de Justiça elegeu a sentença – ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios – como marco para a incidência das regras do novo estatuto processual, notadamente em face da natureza jurídica híbrida do referido instituto (processual-material).

3. A despeito de ser possível a incidência dos honorários previstos nos art. 85, §11, do CPC/2015, em sede recursal (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ), os honorários de sucumbência deverão obedecer à legislação vigente na data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, lembrando-se que a decisão produz todos os seus efeitos jurídicos somente após a sua publicação.

4. Hipótese em que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973, sendo o *decisum*, contudo, publicado já na vigência no novo Código Processual, considerando-se as peculiaridades da contagem dos prazos no processo eletrônico (art. 5º da Lei nº 11.419/2006, c/c o art. 224 do CPC/2015).

5. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de origem reexamine o valor dos honorários de sucumbência, à luz do disposto no art. 85, §3º e seguintes, do CPC/2015.

(REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em: 27/06/2017, DJe: 31/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL. PROPOSITURA DA AÇÃO SOB A ÉGIDE DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL DE 1973. PROLAÇÃO DE SENTENÇA QUANDO EM VIGOR O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE DA NOVEL LEGISLAÇÃO. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL

À LUZ DO ART. 85 DA LEI Nº 13.105/2015. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

II - Consoante o entendimento desta Corte, a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, revelando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação).

III - Inviabilizado, *in casu*, o arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência, com base no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, sob pena de restar configurada a supressão de grau de jurisdição e desvirtuar a competência precípua desta Corte em grau recursal (uniformização da interpretação da legislação federal), mediante a fixação de honorários de sucumbência casuisticamente e não apenas nas hipóteses de irrisoriedade e exorbitância no seu arbitramento.

IV - Necessidade de reforma do acórdão recorrido, a fim de que seja procedido novo julgamento da apelação, com análise dos honorários advocatícios de sucumbência, respeitadas as peculiaridades do caso concreto, com base no estatuto processual civil de 2015.

V - Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1647246/PE, Rel.^a p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

Aliás, ainda antes do novel diploma, verifica-se que a jurisprudência já estava pacificada no sentido de que a sucumbência seria regida pela lei vigente na data da sentença.

Nessa esteira:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 27, DL 3.365/41. INCIDÊNCIA.

1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações

sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal (Súmula 284/STF).

2. *“A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que impõe”* (RESP 542.056/SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 22.03.2004; RESP 487.570/SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 31.05.2004; RESP 439.014/RJ, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003). Assim, na fixação dos honorários advocatícios, em desapropriação direta, devem prevalecer as regras do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação dada pela Medida Provisória 1.997-37, de 11.04.2000, sempre que a decisão for proferida após essa data.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 783.208/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 168 – grifos não constantes no original)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SEMELHANÇA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. INADMISSIBILIDADE. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. ADI Nº 2.332/2001. EFICÁCIA DA MP Nº 1.577/97 ATÉ A DECISÃO QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA EXPRESSÃO CONSTANTE DO ART. 15-A, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS. LIMITE. DECRETO-LEI Nº 3.365/41. OBSERVÂNCIA.

[...]

6. *A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que impõe*, pelo que deve ser observado o art. 27, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com a modificação introduzida pela MP nº 1.577/97, observando-se o limite máximo de 5% (cinco por cento).

[...]

8. Recurso especial dos expropriados desprovido.

(REsp 542.056/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 233)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. JUROS MORATÓRIOS. PROLAÇÃO DA SENTENÇA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 1.901-30/99. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. *DECISUM* SINGULAR POSTERIORMENTE PROFERIDO À EDIÇÃO DA MP 1577 – 97. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA.

[...]

6. *In casu*, a data da prolação da sentença singular, qual seja, 08 de março de 2007 (fls. 352/356), evidencia o equívoco constante do acórdão *a quo*, que manteve os honorários advocatícios na razão de 6% (seis por cento) sobre a diferença entre o preço inicial e o valor da indenização, sem observância à nova regra instituída pela MP nº 1.577/97, na medida em que a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe (Precedentes: REsp 816.848/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 13 de março de 2009 e REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008).

[...]

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1113666/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em: 06/08/2009, DJe: 19/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ARTS. 458 E 535 DO CPC. VIOLAÇÕES INEXISTENTES. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL OFENDIDA. SÚMULA Nº 284/STF. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTO PREÇO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO E QUANTUM INDENIZATÓRIO. QUESTÕES FÁTICAS. SÚMULA Nº 07/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO A QUO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]

5. A sucumbência rege-se-á pela lei vigente à data da sentença que a impõe, estando, in casu, em conformidade com o disposto no §4º do art. 20 do CPC.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 910.710/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em: 16/09/2008, DJe: 28/11/2008)

Nota-se que a posição doutrinária perfilha o entendimento sufragado por esta Corte Superior ao consignar que o direito aos honorários exsurge no momento em que a sentença é proferida.

Nesse contexto, Araken de Assis leciona:

A sentença definitiva, prolatada na forma do art. 487, I e II, é o campo de incidência usual do art. 85, *caput*: o juiz, ao acolher ou rejeitar o pedido, condenará o vencido – réu ou autor,

conforme haja procedência ou improcedência do pedido – nos honorários advocatícios. O princípio da sucumbência fundamenta o provimento desse teor na sentença definitiva. *Forma-se na sentença lato sensu, destarte, o capítulo acessório da sucumbência.*

(ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. Vol. II, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451)

A doutrina especializada também aponta que:

Acréscia-se que o direito aos honorários nasce contemporaneamente à sentença e não preexiste à propositura da demanda. Os honorários advocatícios integram a remuneração devida ao advogado pelos serviços prestados no processo ao seu cliente. Os critérios dispostos no art. 20, §3º do CPC de 1973 e no art. 85, §2º do Novo CPC dizem respeito ao trabalho realizado no processo.

Portanto, somente quando termina a prestação do serviço é possível apurar o valor da remuneração. Tratando-se da remuneração por um serviço, os fatos constitutivos desse direito são a prestação do serviço e aqueles dos quais decorra a definição de quem deu causa ao processo (e, portanto, qual dos advogados terá direito a receber honorários).

Em atenção a esses dois diferentes fatos constitutivos é que se conclui que o direito aos honorários apenas nasce no momento em que a sentença é proferida. Os honorários servem à remuneração de um trabalho e, portanto, apenas quando ele estiver terminado é possível apurar seu valor. Trata-se de fato constitutivo do direito que se forma e amadurece no curso do processo. A outra peculiaridade diz respeito à apuração de qual das partes tornou o processo necessário. Poder-se-ia afirmar que a apuração do nexo de causalidade pode ser feita desde o momento em que a demanda é proposta, pois já estaria definida a situação de direito material a ser julgada. No entanto, o autor pode desistir da demanda, do que decorrerá a extinção do processo sem julgamento do mérito e a atribuição ao desistente da responsabilidade pelo seu custo. Como este novo nexo causal pode sobrevir a qualquer momento, superando qualquer consideração acerca da relação de causalidade primitiva, apenas no instante em que o juiz profere a sentença será possível identificar quem deu causa ao processo e, portanto, apenas nesse momento o direito aos honorários nascerá.

(LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *op.cit.*, p. 106-107)

Uma vez mais, invoca-se o magistério de Chiovenda, cujo entendimento propugna que o direito aos honorários nasce com a decisão do juiz, condenando a parte sucumbente a pagá-los. Tal direito dependeria da sucumbência, *a fortiori*, porque o trabalho desempenhado pelo advogado, no decorrer do processo, não originaria um direito, mas sim uma situação jurídica apta a formar, futuramente, um direito. Dessa forma, *a sentença não reconheceria ao causídico direito preexistente e sim direito que surge com a decisão judicial*. (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 177; e *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 74)

Constata-se que, em razão de o direito aos honorários surgir com a prolação da sentença, o STJ firmou tese no sentido de que, antes de haver pronunciamento judicial, inexistia prejuízo ao causídico, que possuía *mera expectativa de direito* de receber a verba sucumbencial.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. HONORÁRIOS PARA PRONTO PAGAMENTO FIXADOS EM 10% DO VALOR DA EXECUÇÃO. ADIMPLENTO POSTERIOR MEDIANTE TRANSAÇÃO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. De acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte, o acordo firmado entre as partes, sem a concordância do advogado, não afasta seu direito ao recebimento dos honorários advocatícios convencionais e dos advindos de sentença judicial (Lei nº 8.906/94, art. 24, §4º).

2. *Realizada a transação entre as partes antes de haver pronunciamento judicial fixando honorários, entende-se não haver prejuízo ao causídico constituído, que tinha mera expectativa de direito em relação aos honorários sucumbenciais. Precedente.*

3. Na espécie, não houve sentença judicial fixando honorários advocatícios, mas se tem fixação inicial provisória de honorários na execução. Não foram opostos embargos à execução nem houve pronto pagamento propriamente, mas transação entre as partes pondo fim à execução de título extrajudicial, com fundamento no art. 794, II, do Código de Processo Civil.

4. O reconhecimento pelo executado de que a transação importou o pagamento do montante total do débito executado, com todos os acréscimos legais decorrentes, equivale ao reconhecimento do pedido (CPC, art. 26) e, na execução, a pronto pagamento,

autorizando a execução dos honorários sucumbenciais fixados para tal hipótese.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 729.021/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em: 03/02/2015, DJe: 06/02/2015 – grifos não constantes no original)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO. TRANSAÇÃO. DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS. CONSEQUÊNCIAS COM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. TRANSAÇÃO CELEBRADA APÓS A RÉPLICA. *AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL FIXANDO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. NÃO INFRINGÊNCIA.* DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA Nº 13/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

3. O reconhecimento jurídico do pedido é ato unilateral pelo qual o demandado adere integralmente à pretensão do autor, sendo devidos honorários pela parte que reconheceu, tendo em vista o princípio da causalidade.

4. A transação é negócio jurídico bilateral, realizado entre as partes, caracterizada por concessões mútuas a fim de pôr fim ao litígio e, se realizada sem a participação do advogado, não pode prejudicar a verba honorária fixada a seu favor em sentença judicial.

5. *Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária.*

6. Rever as conclusões do Tribunal de origem – para entender que houve reconhecimento jurídico do pedido em vez de transação – demandaria, além do reexame de todo o acervo documental carreado aos autos de processo distinto, a interpretação das cláusulas contratuais do instrumento de transação, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

[...]

9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.
(REsp 1133638/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA,
TERCEIRA TURMA, julgado em: 06/08/2013, DJe: 20/08/2013)

5. Observa-se, portanto, que a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.

É de se memorar, ainda, que a posição em epígrafe verbera nos princípios do *direito adquirido*, da *segurança jurídica* e da *não surpresa*.

Deveras, a parte condenada em honorários advocatícios na sentença, em conformidade com as regras do CPC/1973, possui direito adquirido à aplicação das normas existentes no momento da prolação do respectivo ato processual.

De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse diapasão, os direitos adquiridos, com verve material ou processual, devem ser respeitados pela nova lei, sob pena de violar-se enunciado precípua da aplicação intertemporal do direito, consistente na regra de que *a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada*.

Veja-se, no ponto, o magistério do saudoso Galeno Lacerda:

Ensina o clássico Roubier, em sua magnífica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps* (1/371, que *a base fundamental do direito transitório reside na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei*. Se ela atinge *facta praeterita* é retroativa; se *facta pendencia*, será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato.

Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.

A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, I/558). A retroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica.

Estudando a aplicação da lei nova aos fatos pendentes, distingue Roubier na situação jurídica três momentos: o da constituição, o dos efeitos e o da extinção. O primeiro e o último representam a dinâmica, o segundo a estática da situação.

Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico.

Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior.

Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.

O processo não se esgota na simples e esquemática relação jurídica angular, ou triangular, entre as partes e juiz, este como autoridade representativa do Estado. Razão inteira assiste a Carnelutti quando considera o processo um feixe de relações jurídicas, onde se vinculam não só esses sujeitos principais, senão que também todas aquelas pessoas terceiros intervenientes, representante do Ministério Público, servidores da Justiça, testemunhas, peritos que concorrem com sua atividade para a obra comum da Justiça em concreto, todas elas, concomitantemente, sujeitos de direitos e deveres, em razão dessa mesma obra. Nem é por outro motivo que forte corrente, liderada por processualistas do tomo de Guasp e Couture, considera o processo uma instituição, isto é, um relacionamento jurídico complexo, polarizado por um fim comum.

Isso significa que podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. (...) Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por

isto, sofrem o condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem.

Em regra, porém, cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência.

(LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12-13)

Dessa forma, as partes litigantes possuem a prerrogativa legal de serem subsumidas à hipótese vertente a norma que amparava o instituto dos honorários advocatícios na data da prolação da sentença, com o fim de salvaguardar o direito adquirido.

Nesse passo, aliás, o STF decidiu pela fixação dos honorários contra a Fazenda Pública com base no art. 20 do CPC/73, afastando a incidência do novo *Codex*, já que os processos foram ajuizados antes da vigência do CPC/15:

Embargos de declaração em ação originária. 2. Direito Processual Civil Coletivo. 3. Ação popular. Juízo competente para a execução do julgado. Local de domicílio das partes. Aplicação analógica do parágrafo único do art. 516 do CPC. Possibilidade. Razoável duração do processo. Economia processual. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados. 5. Agravos internos em ação originária. 6. Direito Processual Civil e Direito Constitucional. 7. Prescrição. Prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65. Manutenção da decisão. 8. Inépcia da exordial. Pagamento de gratificação com base em texto de lei adulterado. Incidência dos arts. 1º e 2º da Lei de Ação Popular. 9. Alegação de coisa julgada. Inocorrência. Decisão com trânsito em julgado, favorável aos magistrados estaduais, porém com objeto diverso da discussão destes autos. 10. Suposto *error in procedendo*. Aplicação analógica do art. 9º da Lei nº 4.717/1965. Ausência de comprovação de condenação criminal transitada em julgada em face do autor popular. Cotitularidade pelo Ministério Público Federal, que já acompanhava o feito como *custos legis*. 11. Cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CR/1988 e Súmula Vinculante 10 do STF). Reconhecimento das irregularidades no pagamento da gratificação pelo Plenário do STF, em questão de ordem. Decisão monocrática que apenas confirmou tese já sedimentada em sessão plenária. Art. 949, parágrafo único, do CPC/2015. 12. Gratificação de nível superior. Pagamento realizado sem amparo constitucional e legal. Vedação prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. Inteligência da Súmula 333/STF,

posteriormente convertida na Súmula Vinculante 37/STF. 13. Restituição dos valores recebidos indevidamente, haja vista a comprovada má-fé. Manifesta inconstitucionalidade em razão de o pagamento advir de lei fraudada. Gratificação que retribui requisito inerente ao cargo de juiz, exigido em concurso público. 14. *Honorários advocatícios. Direito intertemporal. Demanda ajuizada antes da entrada em vigor do novo CPC. Fazenda Pública vencida. Verba sucumbencial que recai sobre o erário. Indisponibilidade do interesse público. Aplicação do art. 20, §4º, do CPC/1973. Precedentes.* 15. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, §11, do CPC). 16. Imposição da multa, de forma solidária entre os agravantes, prevista no art. 1.021, §4º, do Código de Processo Civil/2015, no percentual de 1%, no caso de julgamento unânime. 17. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 18. Agravos aos quais se nega provimento.

(AO 506 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em: 31/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 22-10-2018 PUBLIC 23-10-2018)

Do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, afere-se que:

Em relação aos honorários advocatícios, consignei o seguinte no julgado recorrido (eDOC 8, p. 30):

Por fim, em relação aos honorários advocatícios, dispõe o art. 12 da Lei nº 4.717/65, a saber:

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

De outro lado, merece atenção a questão intertemporal: aos processos ajuizados pela Fazenda Pública, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, é possível sua aplicação aos feitos pendentes quando saia vencida?

Relembre-se que, sob a sistemática do antigo CPC/73, pouco importava o valor da causa ou o proveito econômico, ante a incidência do §4º do art. 20 daquele estatuto, de maneira que a fixação dos honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, não se sujeitava aos limites de 10% a 20%, consoante remansosa jurisprudência desta Corte:

(...)

O comando do §4º do art. 20 do CPC era claro em apontar que, nas ações que possuíssem conteúdo patrimonial inestimável ou que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários seriam fixados em quantia certa, observadas as balizas do §3º do mesmo artigo, sem qualquer sujeição aos limites de 10% a 20%.

Por outro lado, sob a sistemática do CPC/2015 e considerando que o valor da causa é de R\$ 5.000.000,00, corrigido até esta data pelo IPCA-E, atinge por volta de R\$ 16.827.899,50, nos termos do §5º do art. 85, sendo a Fazenda Pública vencida, a fixação do percentual deve observar a faixa inicial prevista no inciso I do §3º do art. 85 e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente e assim sucessivamente.

No caso dos autos, o cálculo seria da seguinte forma:

10% sobre o valor da condenação até 200 salários mínimos – atualmente R\$ 187.400,00 –, cujo valor equivale a R\$ 18.740,00;

8% de R\$ 1.686.599,00 – diferença entre R\$ 187.401,00 e R\$ 1.874.000,00 –, cujo valor equivale a R\$ 134.927,92;

5 % de R\$ 14.953.898,50 – diferença entre R\$ 1.874.001,00 e R\$ 16.827.899,50 –, cujo valor equivale a R\$ 747.694,92;

Assim, o valor total dos honorários, sob o prisma do CPC/15, alcançaria quase R\$ 1 milhão de reais (por volta de R\$ 901.362,84), ao passo que, na linha do CPC/73, não se levaria matematicamente em conta o valor da causa ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Resta saber qual dessas normas deve incidir no caso concreto, considerando a pretensão ter sido ajuizada sob o pálio do antigo CPC/73.

Sobre o tema, tive oportunidade de escrever em obra doutrinária:

[...]

Extrai-se das lições do processualista que “podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo”, os quais “se configuram no âmbito do direito público e, por isto, sofrem o condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem.”

É importante destacar que a condenação em honorários advocatícios constitui um dos pedidos da petição inicial, admitindo-se seu requerimento implícito em caso de omissão, nos termos do §1º do art. 322 do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§1º. Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios (grifos no original).

Além disso, quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda, razão pela qual reconheço que, nos casos em ajuizada ação sob a égide do CPC/73 e a Fazenda Pública saia vencida, há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita, exatamente tal como previsto nas partes inicial e final do art. 14 do CPC/15, in litteris:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. (grifos no original)

Tanto é que o novo Código trouxe várias situações que demonstram essa preocupação em resguardar o direito subjetivo-processual das partes e sua consolidação em face da antiga legislação processual, tais como: §§ 1º e 2º do art. 1046, arts. 1047, 1053, 1054 e 1057, todos do CPC/15.

Percebe-se, pois, que a mens legis do CPC/2015, nos dispositivos transitórios, denota a preocupação em conferir segurança jurídica e primar pela boa-fé processual, estabelecendo diferentes marcos para a incidência da novel legislação, visando a evitar surpresas ou aumento dos dispêndios financeiros de fatos/atos ocorridos e/ou praticados na vigência do revogado CPC/73.

E mais: ajuizada ação popular em 2.1998 e julgada apenas em 8.2017, *mutatis mutandis*, aplica-se a *ratio essendi* da Súmula 106 do STJ, no sentido de que o jurisdicionado não pode ser prejudicado por atraso no mecanismo judiciário de impulsionar – que inclui, por obviedade, decidir – sua demanda. (Súmula 106: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”).

Nesse influxo, por tratar-se de demanda em que vencida a Fazenda Pública, cujo desembolso dos honorários recairá sobre receitas públicas (erário), as quais se situam no âmbito do direito público e, mais notadamente, da indisponibilidade, é caso de aplicação da norma do CPC/73 na fixação da verba sucumbencial.

Na mesma linha desta fundamentação, seguem julgados proferidos durante vigência do CPC/15, que aplicaram a norma do art. 20 do CPC/73 para fixar os honorários advocatícios às ações ajuizadas sob o antigo Codex: ACO 2098, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 10.5.2016 e DJe: 1.8.2016; e decisões monocráticas na AR 2487, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, j. 30.5.2016 e DJe: 2.6.2016 e na ACO 880, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.4.2016 e DJe: 25.5.2016.

Portanto, aplicando as normas do antigo Estatuto Processual Civil à fixação das verbas sucumbenciais, arbitro o valor total dos honorários da presente ação cível originária na quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma do art. 20, §4º, do CPC/73, a ser custeado igualmente entre os réus, mantendo-se, entretanto, a natureza solidária (art. 23 do CPC/73 e §2º do art. 87 do CPC/15 c/c arts. 264 e 283 do Código Civil).

Não se pode desconsiderar que tal princípio está umbilicalmente ligado, no caso em epígrafe, ao princípio da não surpresa, positivado no art. 10 do novo Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Aplicado ao caso ora submetido à apreciação judicial, o princípio da não surpresa impõe às partes o direito de não serem surpreendidas por fatos inesperados. Sendo assim, situações não anunciadas previamente tendem a ocasionar lesão a direitos subjetivos, notadamente quando o jurisdicionado ingressa com ação sob o amplexo de determinada regra que, posteriormente, é alterada por lei posterior:

Outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código, é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora,

se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?

De fato, o custo ex ante de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado insito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento. Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

(GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Honorários advocatícios e Direito Intertemporal*. 3 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal-03032016>>).

Registre-se que o exercício conjunto dos princípios em exame permite consignar, a título de exemplo, que eventual parte condenada ao pagamento de honorários advocatícios em sede de primeiro grau, na vigência do código anterior, não pode ser surpreendida com a aplicação, pelo Tribunal *ad quem*, das regras sucumbenciais insculpidas no novo CPC.

6. No caso concreto, a sentença foi prolatada em 7/12/2011, com base no CPC/1973 (fls. 266-273), de modo que lhe foram aplicadas as regras vigentes à época da decisão ora combatida, tendo os honorários sido fixados por equidade – art. 20, §4º, do CPC/73 –, *in verbis*:

Condeno a parte embargante em 70% das despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, possibilitando-se a compensação até onde se encontrarem. Os outros 30% ficam por conta da embargada. Fixo os honorários de cada patrono em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 20, parágrafo 42, do Código de Processo Civil, observados o grau de zelo do profissional, a natureza, bem como o trabalho realizado e tempo exigido pelo seu serviço, bem como a delonga da causa. (fl. 273)

O Tribunal de origem, por sua vez, em relação aos honorários, por maioria (3x2), entendeu pela incidência do CPC/73, haja vista que a sentença desafiada pelo recurso de apelação fora “proferida e publicada antes de sua vigência” (fl. 376).

No mesmo sentido foi o acórdão embargado de fls. 463-471, em que a Segunda Turma do STJ manteve, de forma correta, como visto, a incidência do CPC/73.

7. Ante o exposto, nego provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2018/0046860-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.986
/ PARANÁ**

Números Origem: 00086045520088160031 1381855002

PAUTA: 20/03/2019

JULGADO: 20/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORES: MARCIA DIEGUEZ LEUZINGER E OUTRO(S) – DF009049

DANIELA DE SOUZA GONÇALVES E OUTRO(S) – PR048154

EMBARGADO: BRASCARBO AGROINDUSTRIAL LTDA

ADVOGADOS: ANTONIO AUGUSTO GRELLERT – PR038282

EMERSON CORAZZA DA CRUZ – PR041655

SOC. de ADV.: A. AUGUSTO GRELLERT ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Licenciada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





MPRJ empossa três novos Promotores de Justiça substitutos

Em sessão ocorrida no dia 10 de outubro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio do Conselho Superior, deu posse a três novos Promotores de Justiça substitutos, aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público: Camilla Sahione Scisínio Dias, Natasha Raeder de Carvalho Martins Costa e Tadeu Lins Nemer.

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, presidiu a sessão, ao lado da Corregedora-Geral, Luciana Sapha, da Procuradora de Justiça Anna Maria Di Masi e demais membros do Conselho Superior. Eduardo Gussem deu as boas-vindas e aconselhou os novos membros a atuarem de forma resolutiva em vez de reativa. “O Ministério Público espera muito de cada um de vocês. A sociedade também. Mas não só trabalho, espera serenidade, amor, equilíbrio, com entrega e, acima de tudo, respeito. Um atuar humano, voltado para cada cidadão. Temos que deixar de lado a atuação focada única exclusivamente em processos e problemas. Temos que buscar soluções, resultados. É isso que esperam de nós”. Em seu discurso, Anna Maria Di Masi ressaltou que eles devem pautar-se sempre pelo princípio universal da Justiça e, dentro da instituição, buscar uma atuação em linha com o objetivo unitário do Ministério Público. Ao final, saudou os novos membros: “Recebemos vocês com imenso carinho e ansiedade pelo olhar novo que nos trazem”, afirmou Gussem.

Camilla Dias procedeu à leitura do termo de posse ao passo que Natasha Costa discursou em nome dos empossados, lembrando de suas trajetórias até aquele momento e reafirmando o compromisso de promover a Justiça. “Hoje é um marco nas nossas vidas. Cada um de nós alcançou esse importante ponto de chegada,



que agora se torna um ponto de partida, para um caminho árduo e combativo, mas repleto de realizações pessoais e conquistas sociais”, disse Natasha. A posse dos novos Promotores de Justiça substitutos foi acompanhada por membros e servidores do Ministério Público, juízes, amigos e familiares.



Procurador-Geral de Justiça participa do encerramento do *VI Brics Legal Forum 2019*

O procurador-geral de Justiça, Eduardo Gussem, participou, no dia 16 de outubro, do *VI Brics Legal Forum 2019*, realizado no Sheraton Hotel no Rio de Janeiro, com representantes dos países que compõem o grupo: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Com o objetivo de reunir representantes jurídicos oficiais das cinco nações, o encontro foi promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio de Comissão Nacional de Relações Internacionais. O intuito do Fórum foi o de aproximar seus sistemas do Direito, por meio do intercâmbio profissional de ideias entre os advogados e da promoção da diplomacia jurídica, usando a lei como instrumento de cooperação econômica e desenvolvimento social.

Em sua fala, Eduardo Gussem pontuou valores que acredita devam ser perseguidos no âmbito jurídico de diferentes nações. “É muito gratificante, na condição de chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, participar deste evento, de importância ímpar para a advocacia mundial. Estamos conscientes da necessidade de apostarmos na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária. Também é isso que buscamos no cumprimento da nossa função constitucional. Nessa linha, adotamos no MPRJ o conceito de governos abertos, marcado por valores como transparência, integridade, participação popular, tecnologia e inovação, cientes de que as ferramentas digitais são fundamentais para a recuperação de ambientes

degradados e a revitalização de ambientes de negócios”, disse Gussem, à mesa de encerramento do Fórum, que teve início no dia 14 de outubro.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho, Procurador Constitucional e presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB, fez um balanço do evento. “Veja a importância dos Brics para o mundo: somos quase a metade da população e da força de trabalho, 30% do mercado consumidor e 20% do PIB mundial. O desenvolvimento do Brasil passa pela relação com os demais componentes deste grupo. Fico feliz em saber que o MPRJ faz parte desse esforço de integração do mundo jurídico dessas cinco nações. E entendo que podemos contribuir para o equilíbrio mundial e a paz no planeta, priorizando a igualdade entre países e o respeito à autodeterminação dos povos, numa relação econômica horizontal, saudável e sustentável para o progresso”, ressaltou.

Ao final do encontro, foram destacados pontos do documento oficial gerado no encontro, tais como o compromisso do estabelecimento de um novo padrão de ordem comercial em relação aos países em desenvolvimento, com base no multilateralismo e no Estado de direito, inclusive com a formação de um centro dedicado à resolução de conflitos.

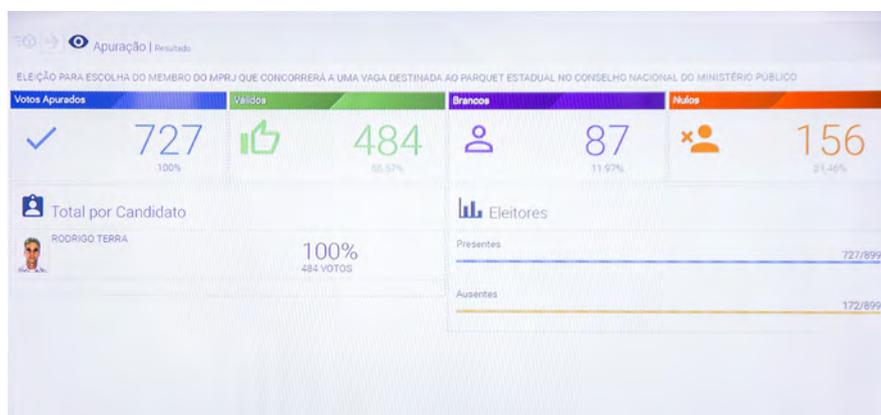
O Fórum contou ainda com a presença de personalidades como Cláudio Lamachia, ex-Presidente da OAB, Prashant Kumar (*Bar Association of India*), Alexey Klishin (*Association of Lawyers of Russia*), Zhang Mingqi (*China Law Society*), Mvuzo Notyesi (*Law Society of South Africa*) e Ana Tereza Basílio (OAB-RJ),



MPRJ realiza eleição para indicação de membros para composição do CNMP

No dia 21 de outubro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, perante o Conselho Superior, o processo eleitoral para indicação de membros que integrarão o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A eleição, que ocorreu entre as 10h e as 17h na sala dos Órgãos Colegiados, teve como candidato único o Promotor de Justiça Rodrigo Terra, da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte - Comarca da Capital. Entre os 899 membros aptos, votaram 727 (com 172 abstenções) e foram computados 484 votos válidos em Rodrigo Terra, 156 nulos e 87 brancos.



Após findas as eleições nos demais MPs estaduais e divulgados os respectivos resultados, é preciso aguardar que, a partir dos números apurados no processo seletivo de cada um, sejam apontados os nomes dos três eleitos que passarão a compor o CNMP. Os membros do MPRJ puderam votar tanto de forma presencial como por meios eletrônicos. O Procurador de Justiça José Roberto Paredes presidiu a mesa receptora e apuradora do processo eleitoral, tendo sido acompanhado das Promotoras de Justiça Renata Mello Chagas e Marisa Paiva.



Procurador-Geral de Justiça reúne-se em Brasília com o PGR Augusto Aras

O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), Eduardo Gussem, reuniu-se em Brasília, no dia 21 de outubro, com o Procurador-Geral da República, Augusto Aras. Também estiveram presentes o presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE), Paulo Passos, os Procuradores-Gerais de Justiça de Minas Gerais, Antônio Sérgio Tonet, e do Distrito Federal, Fabiana Costa Oliveira Barreto, e o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Martins Vieira. Os temas abordados no encontro foram o enfrentamento da criminalidade e as formas de contribuição do Ministério Público para o desenvolvimento da economia.

Em consonância com o princípio adotado pela atual gestão da Procuradoria-Geral de Justiça de orientar os órgãos de execução a terem o foco na prevenção de problemas, o PGR Augusto Aras propôs, durante o encontro, uma valorização da atuação preventiva pelos MPs. “No lugar de expedirmos uma recomendação durante uma obra ou ajuizarmos uma ação de improbidade penal no seu final para punir agentes públicos que porventura

tenham cometido ilegalidades, que o façamos *a priori*, ao tomar conhecimento de algum grande empreendimento, acompanhando-o desde o início. O trabalho preventivo deve ser mais valorizado”, pontuou.

Também estiveram presentes à reunião o Coordenador da 3ª Câmara (Ordem Econômica e Consumidor) do MPF, Luiz Augusto Santos Lima; e o chefe de gabinete do PGJ/MS, o Promotor de Justiça Alexandre Magno Benites de Lacerda.



MPRJ abre a 4ª edição da Semana do Servidor

No dia 29 de outubro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou a abertura da 4ª edição das comemorações da Semana do Servidor. Na ocasião, o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, realçou os esforços feitos pela atual gestão para estimular uma maior qualificação do seu quadro de servidores. “O aperfeiçoamento profissional dos servidores é muito importante para a instituição, pois aderimos à política de governos abertos e precisamos nos alfabetizar neste novo modelo de gestão, que prevê investimentos maciços em ferramentas tecnológicas. Temos realizado, junto à Associação dos Servidores (Assemperj), um trabalho contínuo e tenho certeza que teremos um quadro de servidores mais fortalecido ao final do mandato da atual gestão”, afirmou Gussem.

A Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, Maria Cristina Tellechea, presente à abertura das festividades, ressaltou a importância do apoio do quadro de servidores para a elaboração do Planejamento Estratégico do MPRJ, a vigorar entre 2020 e 2027. “A instituição só é completa com essa integração entre servidores e membros. Etimologicamente falando, a palavra servidor indica prestação de serviços e, juntos, trabalhando na elaboração deste importante projeto, continuaremos entregando à sociedade, de forma qualificada, o serviço que é prestado pelo MPRJ”, pontuou a decana da instituição.

O Secretário-Geral do MPRJ, Dimitrius Viveiros, por sua vez, declarou que a organização da Semana do Servidor confirma a qualidade do trabalho prestado pelos

funcionários da instituição. “A gestão atual tem investido sistematicamente na valorização do trabalho do servidor e, atualmente, temos uma conjuntura muito mais favorável neste sentido. No que diz respeito à capacitação profissional, acreditamos que, a partir de 2020, possuiremos uma capilaridade ainda maior do trabalho de capacitação que já é desenvolvido através do instituto de Educação e Pesquisa (IEP/MPRJ)”, relatou.

Flávio Sueth, Presidente da Assemperj, destacou a importância de levar os trabalhos da Semana ao interior do Estado. “A partir da resolução GPGJ 2.150/2017, que instituiu a Semana do Servidor, temos aproveitado a oportunidade da Semana para cobrar direitos e contribuir com ideias e sugestões junto à administração superior. Este ano, ampliamos as visitas aos Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAIs), levando mais atividades para estes locais e ouvindo as demandas dos servidores de lá, também obtendo valiosas contribuições para as nossas pautas”, declarou o servidor.

Com quase 30 anos de atuação, a Assemperj visa representar os servidores perante o Ministério Público. Todavia, sua atuação não se restringe apenas à defesa corporativa da categoria. Conforme argumenta Flávio, a Associação dos Servidores defende os direitos da classe, sendo também responsável por construir, junto à administração, um Ministério Público mais resolutivo e eficiente. Entre as atividades desempenhadas pelo grupo, destacam-se a promoção de debates relevantes para classe e a realização de eventos culturais, cujo objetivo é o de valorizar e promover os servidores públicos.





PGJ recebe medalha da Emerj em homenagem ao Procurador de Justiça aposentado Sergio Demoro Hamilton

No dia 31 de dezembro, o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, participou, ao lado do presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Ertulei Laureano Matos, do evento ocorrido na Escola da Magistratura do Rio (Emerj) em homenagem ao Procurador de Justiça aposentado Sergio Demoro Hamilton, e ao desembargador do Tribunal de Justiça do Rio, Álvaro Mayrink da Costa, intitulado “Contributos para o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros”. Na ocasião, o presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da Emerj, Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa, entregou ao PGJ, que representou Sergio Demoro Hamilton, ausente por conta de problemas de saúde, e a Álvaro Mayrink da Costa, medalhas pela sua contribuição ao Direito nacional.

Em sua fala, Gussem ressaltou a relevância dos homenageados para a história do Direito. “Eu gostaria de registrar a satisfação por estar presente diante do senhor Álvaro Mayrink e de estarmos em um evento em homenagem ao Sergio Demoro, um dos maiores ícones da história do MPRJ. Hoje homenageamos o saber. Em 30 anos de história da Emerj talvez não se houvesse ideia do quanto ela é importante para a formação acadêmica em nosso país, um verdadeiro celeiro de formação profissional. Este é um dia de muita felicidade para todos nós e eu agradeço pelo fato de o MPRJ se fazer presente nesta homenagem”, afirmou o PGJ.

A promoção do evento é creditada ao Fórum Permanente de Execução Penal da Emerj, representado por Cezar Augusto Rodrigues Costa, ao Fórum Permanente de Direito Penal e Processual Penal da Escola, representado pelo desembargador e ex-Procurador-Geral de Justiça, José Muiños Piñeiro Filho, e ao Fórum Permanente de Política e Justiça Criminal da Emerj, representado por um dos seus membros, o Promotor de Justiça Thiago Joffily. De acordo com José Muiños Piñeiro Filho, a homenagem reuniu os lados institucional e associativo do MPRJ. “Temos aqui o PGJ e o Presidente da Amperj,



mostrando o quanto é importante o procurador Demoro, um marco em sua área de atuação, para o MPRJ. Nós, profissionais do Direito, falamos hoje em promotor natural e o primeiro processualista que desenvolveu essa tese, nos anos 70, foi Demoro. Os homenageados são duas figuras exponenciais do Direito brasileiro”, destacou o Desembargador.

Agradecendo a homenagem, Álvaro lembrou das pessoas que se tornaram importantes em sua trajetória na área jurídica. “Me sinto muito bem nessa Casa onde cheguei em 1990. Continuo na ativa e sempre mantendo o tripé do meu pensamento: liberdade, respeito à pessoa humana e ao estado democrático de Direito, que aprendi com o professor Roberto Lira, que muito me ensinou ao longo dos anos em que estou à frente de uma faculdade. Tive na advocacia e no curso da minha carreira na magistratura o incentivo de um amigo pessoal, Evandro Lins e Silva, grande advogado, e com ele aprendi a ter independência e, ao mesmo tempo, a não se curvar aos detentores do poder”, afirmou.

Fernando da Costa Tourinho Filho e René Ariel Dotti foram os juristas convidados para falar da carreira dos dois homenageados. Fernando, Promotor de Justiça aposentado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), lembrou de sua relação pessoal com Sergio Demoro Hamilton. “O doutor Demoro é a alma da nossa instituição. E a instituição forja o caráter e a ética daquele que consegue nela adentrar. Ele publicou trabalhos jurídicos em diversas revistas especializadas e a tal ponto chegou o seu prestígio intelectual que foi elogiado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Receba hoje o meu abraço amigo e sinta que as minhas palavras não visam a outro interesse senão o de prestigiar a quem honrou o nosso Ministério Público”, pontuou Tourinho Filho.

Professor titular de Direito Penal da UFPR, René Ariel Dotti destacou a contribuição de Álvaro Mayrink ao setor jurídico. “Agradeço o convite para prestar uma homenagem de vida ao desembargador Álvaro e a oportunidade de referir-me à sua notável contribuição para o Direito nacional, com obras com copiosas investigações e avaliações, fundamentais para a lupa da magistratura especializada. Destaco como atributos para essa contribuição sua paciência beneditina e o vigor espiritual de um monge trapista, que olha, pensa, reflete e escreve e não pensa em interromper essa seqüência de trabalhos e pensamentos”, afirmou.



MPRJ discute a modernização do Código de Processo Penal com membros do Ministério Público brasileiro

No dia 29 de outubro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais (CAO Criminal/MPRJ), participou da reunião anual do Grupo Nacional de Coordenadores Criminais (GNCCRIM), em Brasília. Durante o encontro, foram discutidos temas relevantes tais como o projeto para o novo Código de Processo Penal, o tratamento dispensado às vítimas de criminalidade violenta e o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

Esteve presente no encontro a Promotora de Justiça Somaine Cerruti, Coordenadora do CAO Criminal do MPRJ, e também integrante da Comissão Especial do GNCCRIM para análise do projeto de Lei nº 8.405/2010, do Senado Federal, o qual trata da modernização do CPP. Na ocasião, foi finalizado o trabalho da comissão, que foi apresentado pelo presidente do GNCCRIM e PGJ do MPRS, Fabiano Dallazen, ao CNPG, já tendo sido aprovado por esse colegiado e encaminhado ao Congresso Nacional como posicionamento do Ministério Público dos estados e do DF. “O material encaminhado pelo CNPG ao Congresso Nacional aponta todas as críticas do MP nacional ao atual projeto de alteração do CPP e é uma forma de auxiliar os congressistas com posicionamentos de quem trabalha na linha de frente do processo penal” afirmou Somaine Cerruti.

O MPRJ trabalhou dois pontos do projeto de Lei, sendo um deles o que está a cargo do Deputado Hugo Leal (PSD/RJ), com quem a instituição tem mantido contatos frequentes sobre o tema. Nesse sentido, em 24/09, o MPRJ organizou a pedido do deputado uma mesa redonda na AMPERJ para discutir os pontos de sua relatoria, qual seja “Provas e Ações de Impugnação”. Na ocasião, o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, esteve presente, assim como o deputado e vários convidados que foram ouvidos antes de se abrir à plateia para manifestações.





MPRJ participa do X Encontro Nacional de Memoriais do Ministério Público

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) participou do X Encontro Nacional de Memoriais do Ministério Público, organizado pelo MP do Amapá (MPAP), nos dias 31/10 e 01/11, datas de comemoração aos 28 anos do *Parquet* Amapaense. Além de servir como espaço para troca de experiências e informações sobre a gestão de memoriais, o encontro teve como objetivo discutir temas relacionados à documentação, resgate e preservação da memória institucional dos MPs brasileiros.

A historiadora responsável pelo Centro de Memória do MPRJ, Nataraj Trinta, e a servidora Nayara Cristina dos Santos apresentaram o projeto “Ministério Público: Há algo novo!”, sob gestão do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e coordenação do Procurador de Justiça Márcio Klang. Foram ressaltados os cinco núcleos de atividades desenvolvidas pelo Centro desde 2017: 1. Personalidades do MPRJ; 2. Exposição “MPRJ 127 anos do Rio de Janeiro (1891-2018)” e as visitas guiadas temáticas em parceria com o Museu Histórico Nacional “Caminhos da Cidadania”; 3. Exposição “Com honra e Probidade: MPRJ em Ação (2020-2021)”; 4. gestão do Acervo; e 5. Livro “Centro de Memória do MPRJ: Há Algo Novo!”. Para o desenvolvimento de todas as atividades, foi de extrema importância o estabelecimento de uma equipe técnica especializada, voltada para os campos de elaboração de projetos em História Pública com metodologias de História Oral e Iconográfica; exposições e visitas guiadas educativas; pesquisas e recebimento de consultante externo; e organização de acervo de caráter arquivístico e museológico.

Contando com a parceria com a Universidade Federal do Amapá, a estruturação do memorial do Ministério Público do Amapá tem realizado pesquisas sobre a história da Procuradoria Estadual. As pesquisas se estabelecem por meio de 4 eixos: 1. Desafios dos primeiros 10 anos do MP/AP (1991-2002); 2. Especialização das promotorias; 3. Projetos e ações sociais do MP/AP (como companhias de combate ao suicídio, a presença do MP nas escolas, a defesa dos Direitos Humanos e sociais etc.); 4. História das mulheres no MP/AP. Entre os entraves encontrados nas pesquisas, as professoras destacaram o fato de o Estado não ter um Arquivo Público, assim como a instituição não ter arquivos de caráter histórico reunidos adequadamente. À frente do trabalho estão os procuradores de Justiça Ricardo José Ferreira, presidente da Comissão de Execução do Projeto Memorial do MPAP, e Márcio Augusto Alves, coordenador do Memorial do MP/AP.

No último dia do evento, foi assinada a Carta do Amapá: documento que visa estabelecer compromissos e diretrizes para os Memoriais do Ministério Público, considerando o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público (PLANAME), aprovado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em 2017, e as contribuições e reflexões do encontro amapaense.

Ao fim do encontro, foi estabelecido que o MPRJ sediará em 2021 o XII Encontro Nacional de Memoriais do Ministério Público. Participaram, ainda, do encontro representantes de Memoriais dos Ministérios Públicos Estaduais do Acre, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Ministério Público da União com representantes do Ministério Público Federal, Ministério Público Militar, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.





MPRJ sedia o VII Fórum de Ouvidorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio da Ouvidoria/MPRJ, sediou, no dia 13 de novembro, o VII Fórum de Ouvidorias Públicas do Estado do Rio. A assembleia, que se deu no auditório do edifício-sede, reuniu ouvidores públicos de órgãos municipais, estaduais e federais, além de profissionais dessa área.

A Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha, abriu o evento em nome do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem: “É muito importante uma reflexão sobre essa padronização do caminho de acesso ao cidadão, para o público que busca uma resposta ter o acompanhamento satisfatório e receber a melhor resposta possível”, afirmou Luciana, que ressaltou: “Esse auditório lotado demonstra a importância dos temas em pauta”.

A saudação inicial foi feita pelo Auditor Federal de Finanças e Controles da Controladoria Geral da União (CGU), Marcelo Paluma. Também participaram da mesa de abertura Márcia Andréa dos Santos Peres, Controladora-Geral do Município do Rio, e Cristina Riche, Ouvidora-Geral da UFRJ.

O encontro teve por objetivo provocar uma reflexão quanto à função social de Ouvidoria, estimulando a troca e a compreensão das questões que afligem a sociedade civil e o Estado. A Ouvidora do MPRJ ressaltou que as ouvidorias têm muito a contribuir para o aprimoramento dos serviços públicos. Para ela, pensar em Ouvidoria é pensar em cidadania participativa e em uma sociedade mais justa: “É uma grande alegria para o Ministério Público Fluminense sediar o Fórum das Ouvidorias Públicas porque o MPRJ acredita na necessidade de desenvolvermos um trabalho em rede entre as

Ouvidorias Públicas, de forma a focar mais no indivíduo, para atender a demanda trazida pelo cidadão na sua individualidade, na sua essência”, lembrou Denise Fabião.

A Promotora de Justiça Gabriela Tabet, Assessora da Ouvidoria/MPRJ, complementou: “É muito importante termos um espaço de reflexão, de trocas de ideias e experiências nessa área de ouvidoria pública, sempre buscando o aprimoramento e a excelência do serviço público a ser prestado ao cidadão”.

Presente no evento, o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, ressaltou a importância da promoção do Fórum de Ouvidorias para o MPRJ. “Gostaria de cumprimentá-los em nome da nossa Ouvidora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Denise Fabião, e dizer da imensa satisfação em recebê-los aqui no MPRJ, no nosso Rio de Janeiro. Esse fórum, para nós, é muitíssimo importante, é uma forma de nos aperfeiçoarmos e darmos uma contribuição melhor ao cidadão. O Ministério Público do Rio tem adotado uma linha de governos abertos e a participação popular, cidadã se torna imprescindível”, enfatizou Gussem.



Dois dias de reflexão sobre o trabalho da Ouvidoria

A integridade pela ótica da prevenção foi o tema da primeira palestra do dia, apresentado pela Auditora da CGU, Carla Arêde. Em sua fala, Carla abordou a corrupção, o comportamento ético e a legislação que trata do assunto. Abordando a mesma temática, a diretora de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, Débora Afonso, avançou no conceito de integridade e como a Corregedoria se insere. A auditora da CGU também falou sobre novas abordagens na atividade

correcional e explicou o fluxo dos processos na corregedoria. O Ouvidor-Geral da Petrobras, Mário Vinícius Spinelli, por sua vez, explicou o sistema de integridade utilizado na estatal brasileira e lembrou que uma boa reputação tem enorme valor. Além disso Spinelli ressaltou a importância deste ativo e destacou as vantagens de um sistema corporativo de integridade.

Com o tema “Ouvidoria e o Ombudsman do Cidadão”, formou-se um painel que abordou o conceito de Ouvidoria, debateu o funcionamento desse serviço público como ferramenta do exercício prático da cidadania, além de discorrer sobre técnicas de mediação de conflitos aplicadas às Ouvidorias. Compuseram a mesa o Promotor de Justiça do MPRJ, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; a Ouvidora-Geral da UFRJ, Cristina Ayoub Riche e o Gestor da Ouvidoria do TRT/RJ, Jorge Luís Fernandes da Silva, como mediador do debate. Segundo o Promotor Humberto Dalla, a Ouvidoria funciona como uma espécie de triagem para os problemas acolhidos. “A Ouvidoria traz informação, nos permite conhecer as necessidades da sociedade e possibilita uma escuta ágil e eficiente dos problemas trazidos. Nós precisamos desse canal para fazer a seleção do que é grave e urgente”, pontuou Dalla.

O primeiro dia do VII Fórum de Ouvidorias Públicas do Estado do Rio 2019 foi finalizado com o painel sobre experiências e vivências nas ouvidorias, no qual os projetos “Ouvidor Mirim” e “Disque Rio Contra a Corrupção” foram apresentados e discutidos como exemplos práticos do serviço. Além disso, o debate abordou questões acerca do concurso público para ouvidoria. Estiveram presentes à mesa o Promotor de Justiça do MPRJ, Virgílio Panagiotis Stavridis, chefe de gabinete do MPRJ; o Controlador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Bernardo Santos Cunha Barbosa; o Ouvidor de Belford Roxo, Igor Alencar de Menezes e o Ouvidor de Macaé, Alex da Silva Xavier. O Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stavridis ressaltou a importância do evento e afirmou que o ambiente de troca de experiências gerado pelo fórum permite o compartilhamento e aproveitamento de soluções eficientes já aplicadas, com o objetivo de promover a melhor aproximação com a sociedade.

O segundo dia de evento foi marcado por dois painéis e um debate. O ouvidor-adjunto da União Fabio do Valle abriu os trabalhos com a palestra sobre o tema “Novas fronteiras nas ouvidorias públicas”. Do Valle defendeu que é necessário ter uma atuação disruptiva e para tanto é importante modernizar o modelo de atendimento para atender a contento as demandas. O segundo a falar foi o Procurador de Justiça Luiz Fabião Guasque, que enfatizou o papel da Ouvidoria como um mecanismo para aperfeiçoamento da democracia, ao trazer o cidadão para participar da construção de um país menos desigual. A ouvidora do MPRJ, Denise Fabião Guasque, complementou que para que haja uma sociedade realmente democrática é necessário que grandes conglomerados, a administração pública, concessionários de serviços públicos e outras instituições respeitem os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Para tanto, enfatizou a necessidade de a sociedade lutar, dentro das estruturas onde cada um está inserido, por transparência.

O último painel do VII Fórum de Ouvidorias Públicas do Estado do Rio debateu o acesso à informação e a proteção de dados, com ênfase na dignidade da pessoa humana e democracia. O Promotor de Justiça do MPRJ, Pedro Rubim Borges Fortes, relembrou os princípios constitucionais envolvidos na Lei de Proteção de Dados, como isonomia e competitividade e salientou a importância da Ouvidoria do MPRJ para qualidade do trabalho da instituição, uma vez que funciona como canal de recebimento de informações e demandas do cidadão. Também estiveram presentes à mesa de encerramento o ouvidor da Petrobras, José Eduardo Elias Romão; o diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, Sérgio Branco e o gestor público da Casa Civil e Governança do Estado do Rio de Janeiro, Fernando Kaczelnik, como mediador do debate.



MPRJ sedia evento em comemoração aos 30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança

Em parceria com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) sediou, no dia 21 de novembro, o evento “30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança: Reafirmando Compromisso”. Além do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e de representantes do MPRJ, o encontro reuniu representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da Defensoria Pública do Estado do Rio e da sociedade civil, com o propósito de fortalecer o compromisso conjunto pela garantia dos direitos das crianças e adolescentes.

A mesa do encontro foi composta pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, pela representante do Unicef no país, Florence Bauer, pelo secretário estadual de Educação, Pedro Fernandes, pela terceira vice-presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio (Alerj), deputada Tia Ju, pelo Defensor Público do Estado do Rio, Rodrigo Pacheco, e pela juíza Vanessa Cavalieri, da Vara da Infância e Juventude da Capital.

Em sua fala, Gussem ressaltou a importância de sediar o encontro pelo terceiro ano consecutivo. “Temos grande orgulho de sediar anualmente o Dia da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente e eu agradeço às doutoras Eliane de Lima Pereira, assessora de Direitos Humanos e Minorias do MPRJ, e Roberta Rosa, assistente da Assessoria, que se empenharam tanto para que esse evento ocorresse. Nossa

Constituição fala na construção de uma sociedade livre, justa e solidaria e isso é o que estamos procurando construir através desta parceria com o Unicef que já dura três anos”, ressaltou o PGJ.



Conforme pontuou Florence, o país teve papel proativo na elaboração e na implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, através da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas são necessários avanços. “Temos que lembrar uma mudança fundamental com a implementação da Convenção que é o olhar sobre a criança, que passou a ser vista como possuidora de direitos. A mortalidade infantil, por exemplo, teve uma redução de 60% em todo o mundo e avançamos em diversos indicadores, mas temos muitos desafios a enfrentar no Brasil, como o aumento da violência contra crianças e adolescentes. Não podemos mais salvar vidas na infância e perder na adolescência. Por isso, precisamos do compromisso de toda a sociedade”, argumentou a representante do Unicef.

O secretário Pedro Fernandes reconheceu os problemas e a fragilidade do Poder Público para reter os jovens na escola. “Esta é a principal falha que precisamos corrigir, não gerando perspectiva de futuro para este jovem, de capacitação profissional voltada ao mercado de trabalho. Tivemos uma crise que fez com que a arrecadação caísse e caísse o recurso para a área, com perda de infraestrutura e

projetos sendo excluídos. Precisamos atentar para esta situação grave. Este ano, vamos conseguir empenhar os 25% que a Constituição exige e abrimos uma parceria inédita com o MPRJ para que todos os dados da educação estejam à disposição do órgão”, ressaltou.

A juíza Vanessa Cavalieri lembrou que o Tribunal de Justiça (TJRJ) está em processo de implantação de uma Vara Criminal especializada para julgar crimes contra crianças. “Esta Vara já existe em outros estados e, com ela, vamos reduzir a impunidade para que as crianças não fiquem à mercê de violência sexual. Para isso precisamos de dados e em 30 de setembro a Corregedoria do TJRJ tornou obrigatório o cadastro no sistema de todos os casos de crianças vítimas de violência sexual. Além disso, temos nos reunido com as empresas buscando a profissionalização destes jovens. Nosso papel é construir junto com a Rede de Proteção uma solução para estas questões”, declarou.

A deputada Tia Ju pontuou a importância do esforço conjunto para combater as causas dos problemas ligados à área da infância e da adolescência. “Meu gabinete está aberto para que a sociedade civil possa nos ajudar a construir políticas que efetivamente deem proteção às nossas crianças e adolescentes. A Convenção norteou o artigo 227 da Constituição e o ECA, mas ainda vemos problemas que se perpetuam. Nossas crianças continuam sendo muito violentadas no sentido sexual e é absurdamente gigantesco esse índice ainda”, afirmou a deputada.

A servidora do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ), Karine Veiga, apresentou, durante o evento, um levantamento dos recursos destinados pelo Poder Público às ações na área da infância e da juventude no Estado, mostrando o descumprimento dos investimentos que deveriam ser direcionados ao setor. O representante do Comitê para Prevenção de Homicídios de Adolescentes no Rio, Andre Rodrigues, alertou para o aumento dos homicídios contra adolescentes em relação ao restante da população, ressaltando que, no caso do local onde há maior incidência de morte, o Complexo do Chapadão, 85% dos homicídios contra jovens está relacionado às pessoas negras ou pardas.

Márcia Gatto, Secretária-executiva do Fórum Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Rio de Janeiro, ressaltou o papel que deve ser exercido pelos cidadãos no combate à violência infantil. “A sociedade civil tem um papel muito importante nessa luta pois fazemos o controle social e precisamos cobrar e monitorar tudo o que está acontecendo. Sem políticas públicas não conseguiremos mudar o que está acontecendo. Temos um compromisso com a Alerj de entregarmos material para que transformemos em projeto de lei uma política de destinação de mais recursos para os nossos jovens”, disse Márcia.

Também falaram ao público, além dos representantes de instituições públicas, adolescentes, religiosos e mães de jovens mortos. Os jovens apresentaram à plateia dois textos escritos por eles (Carta de Brasília e Carta do Rio), os quais pedem a garantia de direitos nos níveis nacional e estadual. Representantes de diferentes correntes

religiosas leram, em conjunto, um manifesto em que pedem respeito aos direitos inerentes à pessoa humana e os coletivos Movimento Moleque, Mães de Manguinhos, Mães da Baixada e Mães da Maré apresentaram aos presentes um documento escrito pelas mães reivindicando a adoção de medidas de proteção aos jovens que vivem em comunidades carentes.





MPRJ dá posse a cinco novos Procuradores de Justiça

No dia 2 de dezembro, em cerimônia realizada na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) procedeu à solenidade de recepção de cinco novos procuradores de Justiça. Assinaram o termo de posse os ex-Promotores de Justiça Carla Rodrigues Araujo de Castro, Claudio Varela, Lisângeli Alcântara Erthal Rocha, Márcio José Nobre de Almeida e Marisa Paiva Carvalho da Costa.

A sessão foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, seguido pela execução do Hino Nacional. Na sequência, o Procurador de Justiça Márcio José de Almeida fez a leitura do compromisso solene, pelo qual prometeram defender a ordem jurídica e democrática do país e a intangibilidade dos direitos indisponíveis e imposteráveis da sociedade, em obediência à Constituição. O termo de recepção foi lido pelo secretário do Órgão Especial, o Procurador de Justiça Cláudio Henrique Viana.

O discurso em nome dos novos Procuradores de Justiça foi proferido por Claudio Varela, o qual saudou, em primeiro lugar, os familiares e amigos pela importância e apoio desde o início na carreira. Varela comentou que é motivo de orgulho o notável avanço que a instituição experimentou desde quando ele ingressou no Ministério Público do Rio de Janeiro, em 1992, e frisou a necessidade de a instituição continuar se aprimorando e modernizando para acompanhar as transformações na sociedade. “Tenho orgulho desse caminhar. Fico muito impressionado de ver como o Ministério Público fluminense cresceu nesses anos e é de ponta no cenário nacional”, destacou Varela, que indagou ainda: “Pegando como ponto de partida o

ano de 1992, vendo tudo o que nós crescemos, como vamos estar daqui a 25 anos? Em uma sociedade que se altera, que vive uma revolução por minuto”.

Eduardo Gussem parabenizou os novos Procuradores de Justiça e ressaltou a relevância do discurso de Claudio Varela: “Acho que o Varela foi muito oportuno em sua fala quando destaca o momento de renovação. Gosto de repetir a seguinte afirmação ‘o que nos trouxe até aqui não nos levará adiante’. E estamos em um momento de reposicionamento, de repensar nossa forma de atuar perante a sociedade”, afirmou Gussem. Por fim, concluiu o Procurador-Geral de Justiça: “Tenho certeza que, no dia de hoje, cada um de vocês está se renovando para enfrentar as novas adversidades, o que é muitíssimo importante. Tenho certeza que continuarão honrando o nome do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como Procuradores de Justiça”.





MPRJ realiza cerimônia de premiação do “Hackfest 2019: Um Rio de dados”

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, no dia 6 de dezembro, no auditório do edifício-sede, a solenidade de premiação do “V Hackfest 2019: Um Rio de dados”. O anúncio da premiação foi feito pelo professor da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e um dos idealizadores do evento, Nazareno de Andrade. O destaque foi para a classificação em 1º lugar do projeto intitulado “Rachadinha”, escolhido pela comissão julgadora. Os projetos “Argos” e “Foca Aqui” ficaram em segundo e terceiro lugar, respectivamente. Os projetos das equipes finalistas desta primeira edição do Hackfest no Rio de Janeiro tiveram como foco a redução das desigualdades sociais, como consequência direta do combate à corrupção.

Primeiro colocado, o projeto “Rachadinha” busca ser uma ferramenta colaborativa para dar mais transparência aos gabinetes dos parlamentares: quem são as pessoas lá empregadas, quanto ganham e no que gastam, entre outros critérios que facilitem o controle social e o monitoramento exercido pelos órgãos públicos de controle. O estudo de caso foca na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, podendo ser aplicado nas demais casas legislativas.

O projeto “Argos”, por sua vez, pretende melhorar a integração do cidadão com a Polícia Militar ao disponibilizar uma plataforma de acesso direto e ágil para que um aviso de ocorrência seja atendido por uma viatura próxima ao local do fato.

Pretende, ainda, disponibilizar uma leitura mais precisa da mancha criminal em determinada região, entre outras funcionalidades.

O projeto intitulado “Foca Aqui” promove o aumento da participação popular, ao identificar dados de segurança territorializados e cruzá-los com dados dos parlamentares eleitos em determinada região. A ideia é empoderar os eleitores para que sejam capazes de cobrar dos eleitos atenção aos problemas identificados, com maior embasamento e mecanismos de pressão mais ágeis e poderosos.

A Promotora de Justiça Elisa Fraga, Coordenadora de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ), declarou que considera que “mais importante do que finalizar o Hackfest com três aplicativos úteis à atividade fim do MP, foi que alcançamos o nosso objetivo. O evento veio para mostrar que todos ganham quando o MP abre suas portas para a sociedade civil, a academia, órgãos de controle de contas, observatórios sociais, centros de excelência em ciência de dados e outros atores que atuam em diversos setores, direta ou indiretamente ligados ao combate à corrupção com o objetivo de contribuir na redução da desigualdade social. Parabéns às três equipes vencedoras”, finalizou.



MPRJ realiza sessão solene de entrega do Colar do Mérito e da Medalha Annibal Frederico de Souza

Em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no dia 13 de dezembro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) procedeu à entrega do Colar do Mérito do MPRJ e da Medalha Annibal Frederico de Souza. Vinte personalidades foram agraciadas com o Colar do Mérito, maior honraria concedida pela instituição, enquanto que a Medalha foi entregue a seis servidores pelos relevantes serviços prestados à instituição. A cerimônia ocorreu no auditório do edifício-sede do MPRJ em comemoração ao “Dia Nacional do Ministério Público”, celebrado anualmente no dia 14 de dezembro.

A coordenadora do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (GAECO/MPRJ), Promotora de Justiça Simone Sibilio, agraciada com o Colar do Mérito, discursou em nome dos homenageados. Em sua fala, reforçou a importância de todos terem uma conduta voltada à transformação social e multiplicadora de boas práticas, frisando a necessidade de agir e não se calar diante de injustiças e más condutas.

“Seja no GAECO, no Tribunal do Júri ou em qualquer função pública, existe um compromisso latente que converge para o interesse da sociedade. Por isso, ser reconhecida e lembrada pelo Ministério Público com esse Colar do Mérito significa que cada um de nós, a seu modo, fez o que o diferenciou. A diferença está naquele que agiu quando era mais seguro se aquietar, falou quando era mais cômodo calar, enxergou com olhos de quem quer ver quando era mais fácil cegar. Afinal, o lugar dessas duas categorias de pessoas é o mesmo, a cadeira é a mesma, a caneta é a mesma, o que diferencia é quem sustenta, quem enxerga, quem age e quem vê. Tenho

absoluta certeza de que o Ministério Público, ao lembrar de cada nome aqui hoje e homenagear cada pessoa, procurou escolher aquele que não sucumbiu diante da cômoda, confortável e cruel cegueira reiterada que redonda na não menos cômoda, cruel e pusilânime neutralidade”, afirmou Simone Sibílio.

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, ao fim da solenidade, agradeceu a todos pela presença neste dia de celebração. “Divido este momento com o Órgão Especial de Colégio de Procuradores, que tem caminhado, prestigiado e apoiado a chefia institucional, e também com três ex-procuradores-gerais que honram a história desta instituição: Antonio Carlos Biscaia, Marfan Vieira e José Muiños Pinheiro Filho”, destacou Gusem.

O Procurador-Geral de Justiça lembrou, ainda, da busca de sua administração por um novo modelo de governança, mais moderna, ágil e eficiente. Para essa missão, Gussem pontuou que foram criados quatro pilares: a plataforma digital MP em Mapas, o Centro de Pesquisas (Cenpe/MPRJ), o Laboratório de Inovação (Inova/MPRJ) e o Instituto de Educação e Pesquisa (IEP/MPRJ).

Por fim, Eduardo Gussem anunciou uma novidade: “Estamos nos despedindo do IEP/MPRJ, com a edição da Resolução GPGJ nº 2.316, com data de publicação no dia de hoje (13/12), a qual altera a sua nomenclatura para ‘Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso’, Procurador de Justiça que exerceu suas funções na instituição por mais de trinta anos de forma diligente e combativa, além de desempenhar importante atividade acadêmica e de ensino, ministrando aulas e sendo autor de escritos jurídicos publicados em revistas especializadas”, antecipou o PGJ.





Ideias Inovadoras

Na mesma solenidade, também foi entregue o “Prêmio MPRJ Ideias Inovadoras”, cujo objetivo é o de estimular a adoção de novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. A ideia vencedora intitula-se “Painéis Gerenciais com o uso do sistema SEI”, proposta pelos servidores Michel Melli Carvalho, Edilson de Almeida Abrantes e Marcelo Silva de Azevedo. Na segunda colocação, ficou a ideia “Metodologia de monitoramento e Acompanhamento Contínuo Orientado a Produtos (LAMARR)”, proposta pelas servidoras Laura Angelica Moreira Silva e Vanessa Fux Weiskopf. Em terceiro lugar, foi premiada a ideia “Ferramenta de Pesquisa de Resoluções por Assunto”, apresentada pela servidora Maria Fernanda de Andrade Ramos Paiva.

Compuseram a mesa da solenidade a Corregedora-Geral do MPRJ, Procuradora de Justiça Luciana Sapha; o ex-Procurador-Geral de Justiça, Antonio Biscaia; o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração e presidente da Camperj, Eduardo Lima Neto; o Chefe de Gabinete do MPRJ, Virgílio Stavridis; a presidente da Femperj, a Procuradora de Justiça Georgea Marcovecchio; a diretora do Ceprojus Mary Virginia Northrup; o diretor do agora Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso, Promotor de Justiça Leandro Navega; o Procurador-Chefe do MPT-RJ, João Batista Berthier; o Controlador-Geral do Estado, Bernardo Barbosa; e o Vice-Presidente da Assemperj, Vinicius Lobo.



Foram agraciados com o Colar do Mérito:

- Dr. Cláudio Henrique da Cruz – Procurador de Justiça;
- Dr. Humberto Dalla – Promotor de Justiça;
- Dra. Luciana Sapha – Corregedora-Geral;
- Dr. Mario Antonio – Procurador de Justiça;
- Dra. Patrícia Mothé – Procuradora de Justiça;
- Dra. Simone Sibílio – Promotora de Justiça;
- Dr. Tiago Gonçalves – Promotor de Justiça;
- Ana Luiza Pereira – Auditora da Controladoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro;
- Célio Erthal Rocha – Jornalista;
- Fábio de Oliveira Azevedo – Advogado;
- Gilberto Waller Júnior – Corregedor-Geral da União;
- Luciano Bandeira Arantes – Presidente da OAB Rio de Janeiro;
- Malvinia Tania Tuttman – Presidente do Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro;
- Marcelo Paluma Ambrózio – Coordenador do Núcleo de Ações de Ouvidoria e Prevenção à corrupção da Corregedoria-Geral da União do RJ;
- Marcello Rubioli – Juiz de Direito do TJRJ;

- Márcio Emmanuel Pacheco – Secretário do Tribunal de Contas da União no Estado do Rio de Janeiro;
- Márcio Souza Guimarães – Advogado;
- Marco Aurélio Bezerra de Melo – Desembargador do TJRJ;
- Rodrigo Baptista Pacheco – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro;
- Vinícius de Sá Nery – Superintendente da Controladoria Regional da União do Estado do Rio de Janeiro.



Foram contemplados com a Medalha Annibal Frederico de Souza:

- Haydée Calembó – Técnica do MPRJ;
- Jacqueline Costa – Técnica do MPRJ;
- Luiza Helena Torezani – Analista do MPRJ;
- Margarete Espírito – Técnica do MPRJ;
- Paulo Francisco – Auxiliar aposentado do MPRJ;
- Vinicius Marques – Técnico do MPRJ.



Discurso da Promotora de Justiça Simone Sibilio na íntegra:

Boa tarde / Bom dia a todos.

Quero cumprimentar todos integrantes da mesa na pessoa do Exmo. Procurador Geral de Justiça, Dr. Eduardo Gussem.

Cumprimentar todas as demais autoridades presentes.

Meus colegas de Ministério Público, Procuradores, Promotores, servidores e todos os demais amigos.

Não posso começar a minha fala sem agradecer a cada homenageado por depositar em mim a confiança de, em seu nome, fazer este discurso. Isto certamente aumenta minha responsabilidade.

Eu gostaria de poder entrar na mente e no coração de cada um dos homenageados e reverberar o sentimento que acomete cada um nesse momento. Como isso não é possível, me permitam falar um pouco de mim, pois a certeza que tenho é a de que, como eu, todos estão muito emocionados.

Sou Promotora titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias desde 2005. Esta foi a minha primeira e única designação, porque mantive com ela, para além de uma relação de afinidade, uma relação de verdadeiro amor. De lá nunca me afastei, até o momento em que decidi vir para o GAECO. Lembro que, quando fiz o último Plenário do Júri, saí do Fórum com os olhos marejados, com receio de não mais sentir emoções como as que sentia nas sustentações em plenário na defesa da vida.

Sempre enchi o peito de orgulho ao dizer: sou Promotora do Júri em uma comarca onde meu pai residiu, perto da qual residem minha mãe, irmã e sobrinhos, e onde nasci, cresci e estudei.

Não conseguia me enxergar fora do Tribunal do Júri, porque falar de Júri era e ainda é para mim falar não de morte e sim de vida. No caso, da minha vida, pois foi lá que me realizei como profissional e como pessoa. Não existe recompensa maior, após um júri brigado e sofrido, receber, no corredor do Fórum, o abraço carinhoso de uma família enlutada.

Recebi o convite para coordenar o GAECO e, já na primeira investigação sob a minha gestão, deflagramos a operação “Os intocáveis”. Nela, e nas diversas outras que se seguiram, retiramos de circulação diversos milicianos que matam, estupram, extorquem, dominam territórios e desafiam o próprio Estado democrático de direito.

Percebi logo, apesar de não estar diretamente no meu tribunal do júri, que estar no GAECO é também defender a causa da vida. No GAECO combate-se não somente as violentíssimas organizações criminosas e a macrocriminalidade, como também o desvio de verba pública, a lavagem de dinheiro e a corrupção.

E a corrupção mata. Mata na fila da escola, mata na fila do hospital, mata na fila do remédio. É o dinheiro que deveria ir para um lugar e foi para o bolso do criminoso. E isso mata. Mata tanto quanto, ou até mais, que a letalidade violenta.

O GAECO, que tenho a honra de coordenar, é composto por um time pequeno, mas de peso, e que se agiganta diante dos desafios. Por isso, aproveito para agradecer publicamente ao Procurador Geral de Justiça a confiança em mim depositada para realizar um trabalho tão difícil e recompensador.

Seja no GAECO, seja no Tribunal do Júri ou em qualquer outra função pública, existe um compromisso latente que converge para o interesse da sociedade. Penso que ser reconhecido e lembrado pelo Ministério Público com esta medalha significa que cada um de nós, do seu modo, do seu jeito, cada qual no seu lugar, fez algo que o diferenciou.

A diferença está naquele que falou quando era mais cômodo calar, naquele que agiu quando era mais seguro se aquietar, naquele que enxergou com olhos de quem quer ver quando era mais fácil cegar.

Afinal, o lugar destas duas categorias de pessoas é o mesmo. A cadeira e mesa são as mesmas; a caneta também é a mesma. Diferente, somente, é quem se senta, quem escreve, quem age e quem vê.

No “Ensaio sobre a cegueira”, em sua última página, José Saramago, indaga e constata, com aquela estranha pontuação: “Por que foi que cegamos? Não sei. talvez um dia se chegue a conhecer a razão. Queres que te diga o que penso? Diz! Penso que não cegamos, penso que estamos cegos. Cegos que veem, Cegos que vendo, não veem”!

Tenho absoluta certeza de que o Ministério Público, ao lembrar de cada nome aqui hoje, procurou escolher aquele que não sucumbiu diante da cômoda, confortável e, porque não dizer, cruel cegueira deliberada que redundou na não menos cômoda, não menos confortável e não menos cruel e pusilânime NEUTRALIDADE.

Quero crer que todos aqui, ainda que de forma inconsciente, repudiam aquele lugar ocupado pelo homem e mulher neutros. Aquele lugar é como o que foi descrito na sentença de Dante à entrada do sétimo círculo do inferno: “Este lugar, o mais ardente e horrendo do inferno, está reservado para aqueles que, em tempos de crise moral, optaram pela ‘neutralidade’”.

O que a sociedade espera de nós? Somos homens e mulheres que, através dos cargos que ocupamos, podemos ser agentes de transformação social e agentes multiplicadores das boas práticas. Podemos escolher como e quando agir, mas não se pode deixar de agir: aí, não há escolha. No meu caso, a escolha foi a de integrar o Ministério Público proativo, resolutivo e não apenas reativo.

Ao fazer esta escolha, com certa frequência, agradamos a um segmento e desagradamos a outro, já que, no patrimônio público da justiça, há sempre inoperosos e irresponsáveis gerentes das coisas alheias. Entretanto, como dizia o filósofo, não se constrói uma sociedade baseada apenas na virtude dos homens, mas também na credibilidade das instituições.

Pertencer a um Ministério Público contemporâneo é perceber que está na hora de assumirmos o ônus e a responsabilidade de ajudar o velho a morrer para permitir que o novo nasça. Porque o futuro não é o tempo que vem e acontece; o futuro é o



tempo que se constrói. Nas palavras de Roberto Scarpinato, Procurador da Diretoria Distrital antimáfia de Palermo: “cada um de nós encontrará no porvir o quanto nele tiver posto de si mesmo. Somente quem se rende diante dos fatos nada encontrará, porque nele nada colocou.

Escolher ser Promotor de Justiça é isto: Colocar de si mesmo nas suas ações positivas para que elas reverberem na vida daquelas pessoas que depositam em nós a esperança de que a justiça aconteça no tempo devido. Afinal, a esperança que se prolonga por muito tempo faz endurecer o coração.

A lição da história demonstra que, em alguns momentos cruciais, a sociedade não foi salva pelas suas maiorias, mas pelas suas minorias. Portanto, ainda que sejamos minorias, temos que fazer escolhas estratégicas e jamais ficar na neutralidade.

Se o GAECO chegou em 2019 à marca de 140 denúncias, sendo que dos quase 1100 denunciados, cerca de 340 eram milicianos, pessoas perigosas que foram retiradas de circulação, é porque temos uma equipe de peso que se nega a ficar na posição cômoda da neutralidade. Este saldo de 1100 denunciados vai para a conta corrente da sociedade.

Já me encaminhando para o fim,

Agradeço agora, então, àqueles que me acompanham na fuga da cômoda posição neutra;

A toda minha família presente e ao Sergio Fernando pelo incondicional companheirismo e amor;

A minha amada filha, Carolina Sibilio, pelo indisfarçável orgulho e compreensão pelos momentos irrepetíveis aos quais não pude estar ao seu lado. Tendo também escolhido a área do direito, o orgulho é e sempre será recíproco;

Aos amigos do 26º concurso que carinhosamente vibraram por mim quando souberam desta homenagem;

A todos os amigos do Ministério Público e os amigos que não são do Ministério e vieram hoje me prestigiar;

Ao Procurador Geral de Justiça, Dr. Eduardo Gussem, pela deferência e reconhecimento ao meu trabalho, ao me indicar para receber a maior honraria do Ministério Público;

Aos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça que aprovaram meu nome.

Quero reafirmar meu compromisso e minha total disponibilidade ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

À minha dedicada equipe, secretários, estagiários e recepcionistas, na pessoa da supervisora Eliane Iadanza. À equipe de assessoras, na pessoa da minha fiel escudeira Debora Helena e aos valorosos policiais que atuam no GAECO, minha gratidão;

Aos meus amigos, Promotores de Justiça que integram o GAECO, agradeço pela lealdade, dedicação e devoção ao trabalho, não somente pelos momentos agradáveis de descontração, mas, principalmente, por ombrearem comigo nos momentos difíceis que passamos unidos e firmes.

Meus amigos, essa medalha eu divido com vocês. Essa honraria é nossa. Se isso fosse um crime, nós seríamos coautores. Por estarem ao meu lado, na certeza de que juntos somos mais fortes, minha sincera gratidão!

Neste momento, gostaria de elevar meus pensamentos a Deus e pedir para que ilumine nossa caminhada, na certeza de que o caminho dos justos é como a luz da aurora, que brilha, brilha, até se tornar dia perfeito. Muito Obrigada!



Discurso do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, na íntegra:

Mais uma vez, eu queria agradecer a presença de todos. Como os senhores podem observar, hoje é um dia de grande festa para nós, de comemorações, de registros. Divido esse momento com o meu Órgão Especial de Colégio de Procuradores, que tem caminhado, prestigiado e apoiado a Chefia Institucional. Divido esse momento também com três Procuradores-Gerais que honraram a Chefia dessa Instituição, Dr. Biscaia, Dr. Marfan e Dr. Piñeiro, José Muiños Piñeiro Filho.

E os senhores sabem muito bem que uma Instituição sem memória é uma Instituição sem história. Quando eu assumi a chefia do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, eu já tinha sido incumbido pelo Dr. Marfan, no ano de 2015, de começar um novo planejamento da Instituição e foi quando nós criamos quatro pilares novos: o Ministério Público em Mapas, o Instituto de Educação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e, mais recentemente, o Laboratório de Inovações. Para criar, através dessas estruturas, uma nova governança mais moderna, mais ágil, mais eficiente. E, hoje, cabe ao Dr. Leandro Navega a presidência do Instituto de Educação e Pesquisas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vejo aqui a Paula Nazareth que muito bem conduz também a parte acadêmica do nosso Instituto de Educação e Pesquisas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Mas eu queria anunciar nesse momento que nós estamos nos despedindo do Instituto de Educação e Pesquisas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. A partir de agora, com a edição da Resolução GPGJ nº 2316, que passo a ler a ementa dela: altera a nomenclatura do Instituto de Educação e Pesquisas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, IEP MPRJ, que passa a denominar-se Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso. O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, considerando que o Procurador de Justiça aposentado, Roberto Bernardes Barroso, exerceu suas funções por mais de trinta anos de forma diligente e combativa, ostentando trajetória profissional marcada por referências elogiosas em tributo à sua eficiência, probidade e à relevância dos serviços prestados; considerando que o referido Procurador de Justiça foi consultor de Assuntos Institucionais e de Direito Público; segundo Procurador-Geral de Justiça, respectivamente, nos períodos de 84 a 86 e de 86 a 87; tendo exercido ainda, por diversas ocasiões, funções de assessoramento junto aos órgãos de Administração Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; considerando que o aludido membro desempenhou importante atividade acadêmica e de ensino ministrando aulas e sendo autor de escritos jurídicos publicados em revistas especializadas tendo integrado, ainda, bancas examinadoras de concurso para ingresso na classe inicial da carreira deste *Parquet*; considerando o que consta no processo em anexo resolve:

Art. 1º – O Instituto de Educação e Pesquisas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, IEP-MPRJ, criado pela Resolução GPGJ nº 1903, de 14 de março de 2014 – E aí eu não posso deixar de registrar mais uma vez o nosso agradecimento especial à Professora Malvina Tuttman, que tanto nos ajudou, e eu considero a nossa madrinha em nosso Instituto – passa a denominar-se Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso.

Art. 2º – A Secretaria-Geral do Ministério Público, por intermédio de sua Assessoria de Patrimônio Imobiliário, adotará as providências formais necessárias ao cumprimento do disposto no artigo anterior.

Art. 3º – Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2019, assinado José Eduardo Ciotola Gussem, Procurador-Geral de Justiça.

Por fim, encerrando essa solenidade, eu queria agradecer imensamente aos nossos servidores do Cerimonial, que tanto se dedicaram para que tudo transcorresse da melhor forma, o meu agradecimento especial ao meu Chefe de Gabinete, Dr. Virgílio Stravidis, e agradeço as honrosas presenças, que tanto abrilhantaram esse evento.

E, cumprimentando os agraciados e familiares, declaro encerrada a sessão solene.





SEMANA DO MPRJ | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



MPRJ comemora Semana do Ministério Público

Diversas atividades foram promovidas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) para comemorar a Semana do Ministério Público, em alusão ao Dia Nacional do MP, celebrado anualmente no dia 14 de dezembro. O almoço de confraternização dos Procuradores de Justiça, no dia 9 de dezembro, organizado pelo Centro de Procuradores de Justiça (Ceprojus/MPRJ), marcou a abertura do evento.

No dia seguinte, 10 de dezembro, estudantes apresentaram o resultado do trabalho desenvolvido no Coral da Escola Municipal Otelo de Souza Reis. A Associação dos Servidores do MPRJ (Assemperj) realizou sua confraternização no dia 11 do mesmo mês, no espaço de convivência localizado no 4º andar do edifício sede.

O Bazar de Natal do MPRJ deu início às suas atividades no dia 12 e dezembro. Em sua IV edição, o bazar é organizado de forma voluntária e conta com o apoio e doações de estagiários, servidores e promotores de Justiça. Nesta mesma tarde, o MPRJ celebrou os 18 anos do SICOOB COMPERJ com um Concerto da Orquestra de Câmara e Cantores Líricos do Theatro Municipal do Rio de Janeiro.



O encerramento da Semana do Ministério Público se deu no dia 13 de dezembro, ocasião em que foi realizada a sessão solene de entrega do Colar do Mérito do MPRJ e da Medalha Annibal Frederico de Souza. Maior honraria concedida pela instituição, o colar do mérito foi entregue a 20 pessoas, enquanto a medalha foi oferecida a seis servidores que prestaram relevantes serviços para a instituição.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABUSO DE PODER

93-95, 107-109, 111-116, 286, 291;

AÇÃO PENAL

152, 167, 170-173, 177, 179, 182, 185-186, 281-282, 284-286, 288-289, 294, 296, 298-299, 301, 303, 305;

AÇÕES COLETIVAS

79-82, 85, 90-91;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

167-168, 170-172, 179, 182, 186;

ATOS POLÍTICOS

93-94, 101-109, 111, 113-116

BENS

18, 58, 138, 157-158, 160-164, 168, 175, 179, 212, 274, 331, 335, 349, 351;

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

71-72, 75-77;

CIDADANIA ATIVA

195-196;

COMPETÊNCIA DO DOMICÍLIO

145, 153;

CONDENAÇÃO

79, 81-84, 86-90, 163, 176, 186, 239;

CONFISSÃO

167-168, 184-186;

CONSCIÊNCIA

124, 137-142, 189, 195-196, 225;

CONSCIÊNCIA INATA

137, 140;

CONSTITUCIONALIDADE

51, 60, 93, 95, 97, 120-121, 124-125, 128-131, 133-135, 167, 172, 195-196;

CONSTITUIÇÃO

20, 51-52, 54-56, 58, 61-64, 66-68, 72, 74, 77, 85, 87-88, 91, 94, 97, 102-104, 106-107, 109, 112, 114, 116, 120-122, 123-138, 145-148, 152, 159, 172-174, 178, 186, 195, 197-198, 204, 207-210, 227, 229, 230, 232, 235-237, 239, 251, 252, 254, 257, 261, 264, 270-271, 291-292, 309-310, 312-316, 320, 323, 327, 329-330, 333-334, 340, 343, 351, 367, 380, 389-390;

CONTROLE JUDICIAL

93-95, 101, 103-111, 113, 115-116;

DEMOCRACIA

94-99, 114-115, 119-120, 122-123, 134, 137-139, 142, 195, 227, 237, 239;

DIREITO FUNDAMENTAL

57, 63, 68, 137, 139-140, 211, 227, 229, 232, 233, 235, 238, 239, 240;

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

157-158;

DISSONÂNCIA COGNITIVA

137, 141;

EFEITO BACKLASH

51, 53, 68;

EFEITOS

42, 65, 71-73, 75-76, 92, 99, 100-101, 131, 135, 160, 172, 179, 184, 221, 230, 231, 282, 289, 291, 298, 300, 349, 351, 374, 381, 383, 389;

EMENDA CONSTITUCIONAL

51, 52, 55-57, 68, 71, 72, 74-75, 77, 157, 160, 331-332;

ERÁRIO

86, 198-199, 226, 251, 287, 391, 394;

ESTADO DE DIREITO

67, 93-96, 99, 105, 107, 109, 114, 119-121, 128, 133, 175, 138-179, 181, 365-366;

ÉTICA

57, 97, 195-196, 238;

FAMÍLIA

75, 98, 145-150, 152-155, 157-160, 163, 195, 203-204, 269, 276, 296;

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

145, 147;

HIPOSSUFICIÊNCIA

145, 147, 152;

IGUALDADE

79, 85-87, 96, 115, 122, 125, 132, 137, 139-140, 142, 152, 161, 163, 195, 204, 206, 227, 229, 234, 222, 352;

INATIVIDADE

23, 71-74, 76;

INCONSTITUCIONALIDADE
51-53, 55, 57, 61-62, 68, 106, 121-122, 124-133, 135, 391;

INSTÂNCIAS DE IGUALDADE
137, 139;

INTERESSE JURÍDICO
17, 36-39;

INTERESSE NACIONAL
197;

INTERVENÇÃO
24, 28-29, 35, 39-40, 105, 145-155, 177, 208, 212, 216, 230, 235, 283, 322, 339;

INTERVENÇÃO MINISTERIAL
145-148, 150, 153;

ISONOMIA
79, 86-87, 89, 114, 204;

JUÍZES CONSTITUCIONAIS
119, 123, 125, 127;

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
119, 121;

LEGITIMIDADE
17-18, 22, 24, 26-28, 31, 33-39, 42-43, 54, 92-93, 95, 97-99, 101, 107-109, 113-115, 121, 123, 133, 221, 230, 268, 294, 301, 305, 340, 363, 369, 372, 378;

LIBERDADE
58, 61, 64, 98, 104-105, 107, 120, 122, 124, 127, 134-135, 137, 139-142, 150-151, 172, 182-183, 205-207, 209, 219, 227, 232, 233, 236, 237, 284, 289, 290-293, 296-298, 300, 306, 314, 351;

MANCOMUNHÃO
157, 160-163;

MINISTÉRIO PÚBLICO
57, 71, 77, 79-80, 83-92, 124, 138, 145-155, 167-174, 177-179, 182-183, 185-186, 188, 198-199, 203-204, 211, 213, 215, 217-219, 221, 222, 225, 227, 237, 239, 240, 245, 247-250, 254-256, 258-264, 266, 268, 270-272, 274-276, 284, 288-289, 291-294, 297, 301-304, 306-307, 311, 316, 328, 330, 337-338, 340, 343, 346, 354, 389-390;

MULHER
75, 145, 147-155, 209, 256, 262, 416, 436;

MULTILATERALIDADE
17, 24, 29-30, 36-37, 39-40, 42-44;

NOMEAÇÃO
74, 105, 178, 262;

NORMAS INFRALEGAIS
167, 174-175;

OBRIGAÇÃO CÍVICA
198;

ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA
93, 95, 103, 105, 107-108;

ORDENS INTERSUBJETIVAS
137, 142;

OUVIDORIAS
137-139, 142;

PARLAMENTOS
119, 123, 125, 128;

PERSECUÇÃO PENAL
167-168, 170-172, 179, 182, 184, 186, 295;

PLEA BARGAINING
167, 172, 184, 185, 186, 187;

PODER REGULAMENTAR
167;

PRINCÍPIO DA IGUALDADE
195, 352;

PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE
97, 167, 177-179;

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE
167, 172, 177, 179;

PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO
119-121, 127;

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
137, 142;

RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL
17, 19-23, 26-28, 30, 34, 37-38, 43-44;

RESOLUÇÃO
17, 33, 73, 167, 170, 172-174, 176-177, 182-185, 203, 215, 219, 223, 225, 295, 297, 344, 363-364, 369, 372, 378, 380, 395, 404, 410;

RÉU SUCUMBENTE
79, 87;

SANÇÃO

71-72, 75-77, 89, 105, 186, 188, 251, 268,
341, 346;

SAPIENS

137, 140;

SEGURANÇA PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

167, 174;

SIMETRIA

79, 83-87;

SUCUMBÊNCIA

79-83, 85-92, 239, 315, 355, 357-364,
368-378, 381-388, 391, 393-395;

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

79, 85, 101;

TEORIA GERAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

93, 99;

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

119, 123, 125, 128, 131;

UNIVERSALIDADE DE BENS

157, 160, 163-164;

VAQUEJADA

51-52, 57, 59-61, 65, 68;

VÍCIOS MATERIAIS

51, 57;

VÍNCULO CONJUGAL

157-160;

VÍNCULO FUNCIONAL

71-74, 76-77;

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

145-150, 152-154;

VÍTIMA

145-150, 152-154, 168-169, 179-180, 183,
229, 313-314, 332.

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/servicos/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