ISSN 1413-3873

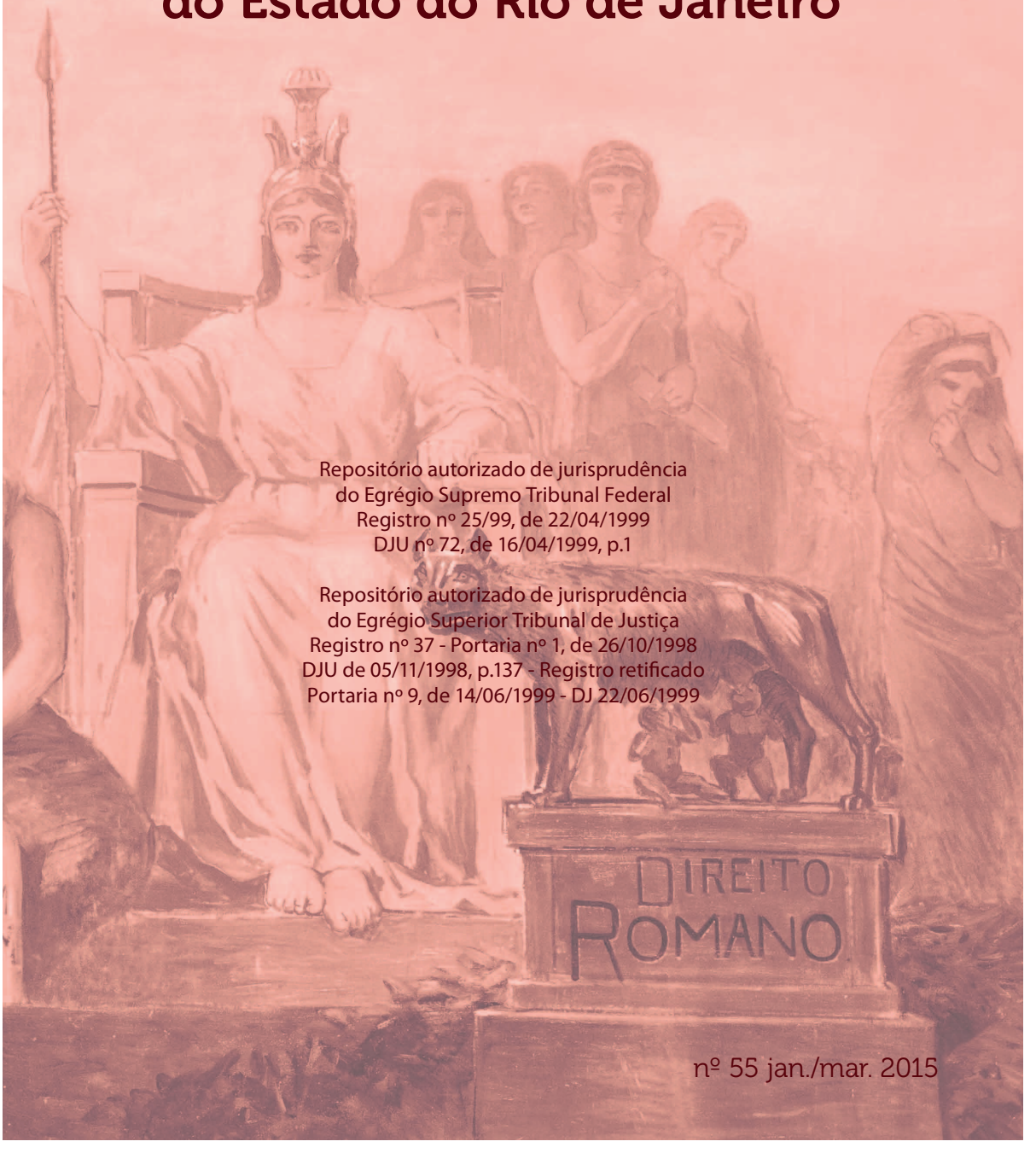
Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

nº 55 jan./mar. 2015

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro



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

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

nº 55 jan./mar. 2015

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

• • •

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Tifany Fiks
Jeziel Gusmão
Vanessa da Costa
Pesquisa

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Fotografia

Daniel Camelo
Diagramação

Agnaldo Alves
Cláudia Campochão
Controle Administrativo

Manuel Fernandes
Estagiário

Lorena Tavares
Caroline Linhares
Revisão Ortográfica

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Hitórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.

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 (0xx21) 2219.3370 e (0xx21) 2219.3371, *para onde deve ser dirigida toda correspondência.*
www.mprj.mp.br | *e-mail:* revista@mprj.mp.br

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2014 (1 - 54)
2015 (55,

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marfan Martins Vieira
Procurador-Geral de Justiça

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

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais

José Eduardo Ciotola Gussem
Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ertulei Laureano Matos
Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante
Secretária-Geral do Ministério Público

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Subcorregedor-Geral

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Membros natos

Carlos Antonio Navega
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Walberto Fernandes de Lima
Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
Márcia Álvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Dirce Ribeiro de Abreu
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Patrícia Silveira da Rosa
Maria Luiza De Lamare São Paulo
Joel Tovil
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Alexandre Viana Schott
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Marlon Oberst Cordovil
Sumaya Therezinha Helayel

Pelos Promotores de Justiça

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Ricardo Ribeiro Martins
Flávia Araújo Ferrer de Andrade

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

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

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

• • •

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

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Diretora-Presidente

• • •

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

EDITORIAL

O conhecimento científico, como se sabe, amplia as liberdades de pensamento e de ação, engrandecendo-as e potencializando-as. No âmbito jurídico, direciona a autorreflexão e a quebra de automatismos, contribuindo para o progresso institucional. Nesse sentido, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* almeja continuar sendo uma arena de debates dos mais relevantes temas da ciência jurídica contemporânea.

Com novo *design,* criado para oferecer aos leitores maior conforto e facilidade de acesso às informações, a *Revista* inaugura, em 2015, uma nova fase editorial. Em celebração ao seu 48º aniversário, o periódico sofreu profunda reformulação do formato editorial, preservando a seleção rigorosa do conteúdo científico a ser publicado, com a participação de renomados juristas nacionais e estrangeiros.

Na presente edição, a seção *Doutrina* concentra-se em três campos de estudos: administração pública, filosofia do Direito e aspectos técnico-jurídicos. A respeito da Administração Pública, discute-se a pouca incidência da Lei de Improbidade Administrativa sobre a elite dominante, tema que também se estende à seção *Observatório Jurídico*, em que é apresentado substancioso estudo acerca da efetividade das ações de improbidade administrativa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No âmbito institucional, a discussão passa para aspectos constitucionais do processo administrativo disciplinar, como a possibilidade de as distintas unidades do Ministério Público instaurarem as relações processuais administrativas e aplicarem as respectivas sanções.

Estudos de filosofia do Direito analisam a atualidade dos conceitos de liberdade e de justiça. Para o primeiro, a referência analítica é a obra do francês Benjamin Constant; para o segundo, são os trabalhos aristotélicos. Na sequência, são confrontados aspectos jurídicos e sociológicos dos movimentos sociais e dos conflitos políticos.

No âmbito técnico-jurídico, o novo CPC está no centro das discussões. São examinados o problema da eficácia de suas normas antes do fim do período de *vacatio legis,* a presença do Ministério Público no Processo Civil, além de doze problemas e onze soluções acerca da *"estabilização de tutela antecipada"*. Em sequencia, divulga-se pesquisa sobre a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e sobre a atividade probatória judicial no processo penal.

Nas seções *Peças Processuais* e *Jurisprudência*, buscou-se incluir temas de indiscutível relevância social como as questões das cotas para afrodescendentes e índios em concursos públicos e do enquadramento jurídico do nascituro.

Para a nova seção *Jurisprudência Internacional*, foram selecionadas duas sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Escher e Outros vs. Brasil, em que o País foi condenado por violação do direito à vida privada,

à honra, à reputação e à liberdade de associação. Complementando as inovações deste número, apresentam-se, em *Perfil*, um singelo tributo à trajetória do eminente Procurador de Justiça Hélcio Alves de Assumpção e, em *Resenha*, uma análise da obra *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição*, de Eduardo Ribeiro Moreira.

A seleção de conteúdo deste primeiro volume da nova fase da Revista representa o máximo empenho institucional em promover os mais relevantes temas jurídicos da atualidade, com análises multidimensionais e estudos pautados pela interdisciplinaridade. Almeja-se, desse modo, dar continuidade à mais elevada tradição jurídico-científica nacional, que há quase meio século marca as páginas desta publicação.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Liberdade Virtual Comparada à Liberdade dos Antigos e à Liberdade dos Modernos
Bárbara Nascimento **19**

Sujeição dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa
Emerson Garcia **27**

Movimentos Sociais, Confronto Político e Concretização da Constituição. Uma Análise Interdisciplinar à Luz da Ciência Política, da Sociologia e do Direito Constitucional
Emiliano R. Brunet **37**

Eficácia do Novo CPC antes do Término do Período de Vacância da Lei
Fredie Didier Jr. **55**

A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões
Guilherme Magalhães Martins
Gustavo Livio Dinigre **63**

Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada "Estabilização da Tutela Antecipada"
Heitor Vitor Mendonça Sica **85**

A Constitucionalidade do Processo Administrativo Disciplinar dos Membros do Ministério Público
Pedro Elias Erthal Sanglard **103**

Questões Atuais sobre as Posições do Ministério Público no Processo Civil
Robson Renault Godinho
Fredie Didier Jr. **123**

Sobre a Atividade Probatória Judicial em Processo Penal
Rodrigo da Silva Brandalise **161**

O Conceito de Justo em Aristóteles
Rogério Pacheco Alves **193**

Observatório Jurídico

A Efetividade das Ações de Improbidade Administrativa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Pedro Cavalcanti de A. Rocha
Débora Albuquerque de Araujo
Thábata Carvalho
Orientadora: Heloisa Carpena **203**

Perfil

Hélcio Alves de Assumpção
Maria Teresa Moreira Lima **227**

Resenha

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo - A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008
Tulio Caiban Bruno **233**

Peças Processuais

Pareceres

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Cálculo da Taxa Judiciária. Base de cálculo a ser utilizada. Proporcionalidade.
Emerson Garcia **253**

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Impetrante que busca a desconstituição de decisão exarada pelo Desembargador Presidente da Comissão do LIII Concurso Público de Provas e de Títulos para Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro, que indeferiu o requerimento administrativo por ele formulado visando à aplicação do sistema de cotas para afrodescendentes.
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho **261**

Parecer ministerial em processo administrativo. Expediente oriundo do Conselho Superior do Ministério Público. Suspeição e impedimento de membros do Ministério Público.
Robson Renault Godinho **271**

Parecer ministerial em processo judicial. Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº 6.067, de 25 de outubro de 2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração indireta do Estado do Rio de Janeiro.
Veronica C. R. Antunes Zylberman **305**

Peças

Contestação apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em ação rescisória da decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência, fundada nos incisos IV e V do art. 485 do Código de Processo Civil.
Ertulei Laureano Matos **311**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DE MAGISTRADO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.
MANDADO DE SEGURANÇA 32.721 - DF
Segunda Turma, 11/11/2014 ..... **323**

Jurisprudência Criminal

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054 - SC
Sessão Plenária, 10/12/2014 ..... **335**

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA, COM BASE NA PENA APLICADA NA SENTENÇA. INCIDÊNCIA ENTRE A DATA DO FATO E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.234/10. ABOLIÇÃO, APENAS PARCIAL, DESSA MODALIDADE DE PRESCRIÇÃO. EXAME DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO. SUBMISSÃO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA AOS TESTES DA IDONEIDADE (ADEQUAÇÃO), DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CF), DA HUMANIDADE DA PENA, DA CULPABILIDADE, DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, XLVI, CF), DA ISONOMIA (ART. 5º, II, CF) E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO COMPARADA EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.
1. A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa.
2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).
3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a

consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade.
4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10.
5. Ordem de *habeas corpus* denegada.
HABEAS CORPUS 122.694 - SP
Sessão Plenária, 10/12/2014 ..... **377**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.
1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.
2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); *alimentos gravídicos*, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).
3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.
4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos

quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.
5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.
6. Recurso especial provido.
RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)
Quarta Turma, 04/09/2014 ..... **427**

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO *"A QUO"*. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
1. O termo *"a quo"* para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.
2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.
3. "Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito" (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992).
4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.
RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.864 - MG (2009/0059035-4)
Corte Especial, 19/11/2014 ..... **443**

Jurisprudência Criminal

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INÍCIO DO PRAZO PARA O *PARQUET* RECORRER. INTIMAÇÃO PESSOAL REALIZADA EM CARTÓRIO.
1. O prazo recursal para o Ministério Público inicia-se na data da sua intimação pessoal, realizada em cartório e cientificada nos autos, e não no dia da remessa dos autos ao seu departamento administrativo.
2. Embargos de divergência desprovidos.
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.347.303 - GO (2014/0104457-4)
Terceira Seção, 10/12/2014 ..... **457**

Jurisprudência Internacional

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Nota Introdutória **467**

CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL
SENTENÇA DE 6 DE JULHO DE 2009
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) **471**

CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL
SENTENÇA DE 20 DE NOVEMBRO DE 2009
(Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) **531**

Noticiário

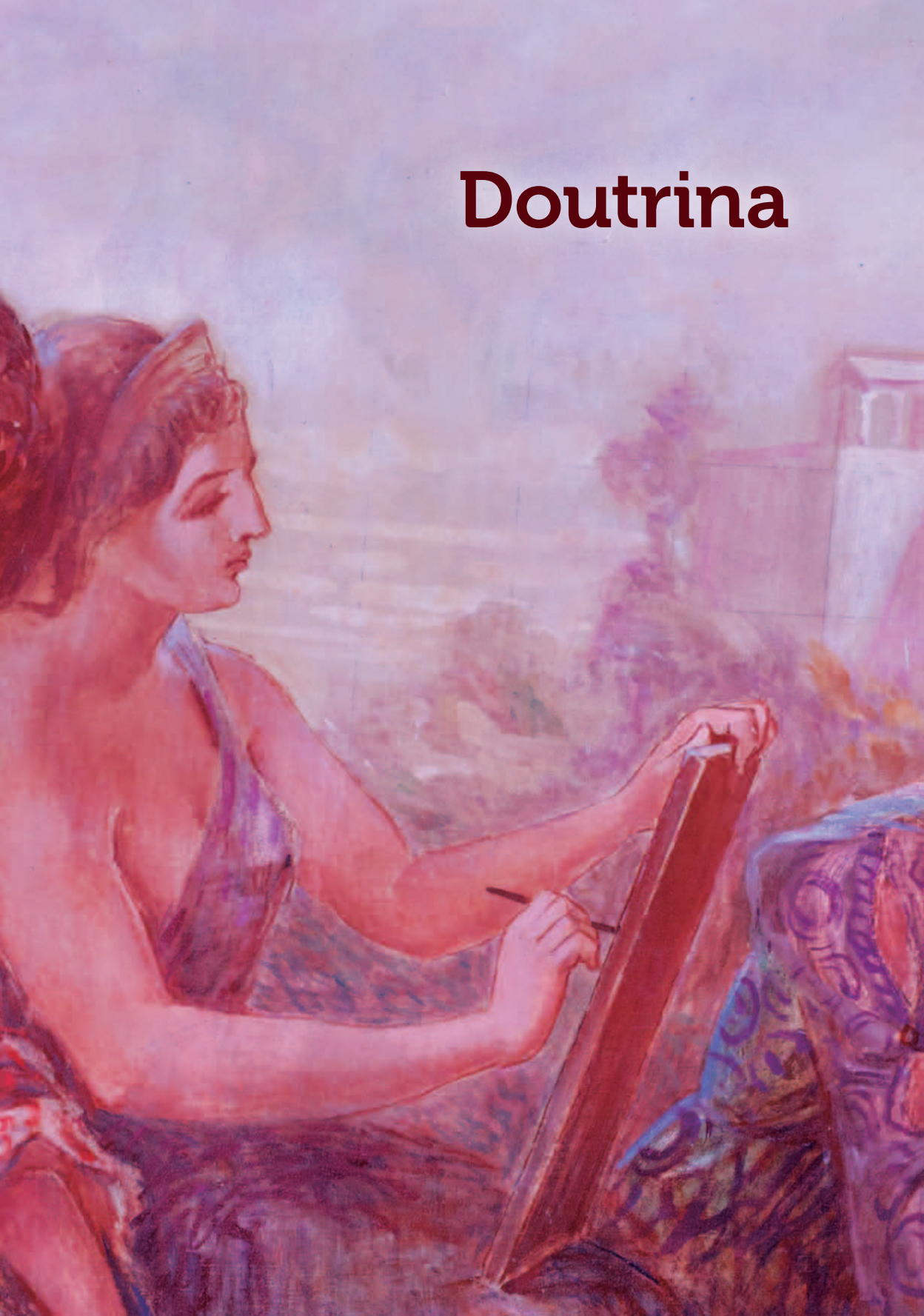
Toma posse o Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira **543**

Membros do Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro tomam Posse para o Biênio 2015/2017 ..... **547**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **549**

Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A Liberdade Virtual Comparada à Liberdade dos Antigos e à Liberdade dos Modernos

Sumário

1. Introdução. 2. A Liberdade dos Antigos. 3. A Liberdade dos Modernos. 4. A Liberdade Virtual. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Bárbara Nascimento*

1. Introdução

O texto de Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos[1] é considerado um clássico e há muito tempo é estudado nas faculdades de Direito. Contudo, como pode ele ser interpretado à luz das novas tecnologias? Ou, em outras palavras, como as novas tecnologias encaixam-se nas antigas classificações?

O objetivo da presente pesquisa é analisar até que ponto aquilo que o homem virtual chama de liberdade assemelha-se ou diferencia-se da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos. Ou seja, reconhecendo-se que há uma projeção cibernética da personalidade humana, que tipo de liberdade ela reivindica?

Para isso serão estabelecidas, inicialmente, algumas premissas acerca do que Constant chama de Liberdade dos Antigos e dos Modernos.

Após, serão analisados exemplos daquilo que os indivíduos chamam de liberdade na internet, fazendo-se o cotejo com o texto de Constant para, assim, ser possível identificar suas características.

2. A Liberdade dos Antigos

Segundo Benjamin Constant, a liberdade dos antigos consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre as questões de interesse da coletividade, como votar leis e julgar cidadãos desviantes. O homem era, portanto, soberano em sua projeção pública.

Por outro lado, ele afirma que os antigos não entendiam que a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo configurava uma violação à liberdade: todas as ações privadas estavam sujeitas à vigilância, mesmo nas relações domésticas integrantes da esfera da intimidade. Em Roma, os censores vigiavam até

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Promotora de Justiça Substituta do MPRJ.

[1] CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

o interior das famílias, pois as leis regulamentavam os costumes e tudo dependia dos costumes.

Dessa forma, o autor conclui que entre os antigos, o indivíduo que era quase sempre soberano nas questões públicas, era também escravo em todos os assuntos privados. Como cidadão, ele decidia em igualdade com os demais sobre o destino da coletividade; como particular, sujeitava-se ao corpo coletivo, e podia ser banido ou condenado pela vontade arbitrária do todo ao qual pertencia. Citando Condorcet, Constant afirma que os antigos não tinham nenhuma noção dos direitos individuais.

3. A Liberdade dos Modernos

Já para os modernos, segundo o autor, liberdade significa o direito de cada um de se submeter apenas às leis, o direito de não poder ser preso, nem condenado, por causa da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É o direito de dizer sua opinião, de dispor de sua propriedade, de ir e vir, dentre outros. Com relação ao governo, é o direito de cada um de influir sobre sua administração. Essa influência pode ocorrer por nomeação de funcionários ou por representações, petições ou reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.

Ele afirma que sendo a independência individual a primeira das necessidades modernas, nunca seu sacrifício deve ser pedido para estabelecer a liberdade política. Portanto, nenhuma das instituições das repúblicas antigas que impediam a liberdade individual seria aceitável nos tempos modernos.

Dessa forma, para os modernos, apenas quem tem o direito de exilar um cidadão é um tribunal regular, que o condene segundo uma lei formal que atribua a pena de exílio ao fato praticado. Ou seja, a legalidade deve ser observada: uma assembleia não pode, com fundamento na segurança pública e sem lei prévia, determinar um exílio.

O autor afirma ainda que sem a população escrava de Atenas, vinte mil atenienses não teriam podido deliberar cada dia na praça pública.

Vale destacar que como a deliberação em praça pública todos os dias demandava um tempo que o homem moderno nunca teve, se isso fosse exigido dele, não restaria tempo para que ele exercesse seus interesses privados. Logo, ele se sentiria menos livre.

A solução encontrada pelos modernos para manter sua liberdade privada foi nomear representantes para deliberar sobre as questões da coletividade: os políticos profissionais.

Afirma Constant, portanto, que para os modernos, liberdade significa as garantias concedidas pelas instituições aos privilégios privados.

Será demonstrado a seguir que na internet, o homem, em regra, não estabelece representantes. Ele delibera diretamente sobre as questões de interesse da coletividade. Por outro lado, ele reconhece que há uma esfera de intimidade que

lhe é própria e não pode ser atingida por essa coletividade. Logo, o que o homem virtual chama de liberdade não pode ser rotulado nem como liberdade dos antigos nem como dos modernos.

4. A Liberdade Virtual

Em 1993 o autor Julian Dibbel publicou um artigo cujo título era "Um estupro no Ciberespaço". Ele analisou um caso ocorrido na comunidade virtual LambdaMOO. Um MOO é um ambiente virtual ancestral dos atuais MMOGs (*Massively Multiplayer Online Games*) e se caracteriza pelo fato de que a interface que o usuário utiliza para se comunicar com o mundo virtual é textual. Em outras palavras, o usuário digita um comando para o seu personagem virtual, chamado de avatar, e o sistema retornará, em palavras, as consequências da ação. Não existem gráficos nem áudio, apenas texto. Vários usuários conectam-se ao mesmo tempo a esse cenário virtual e podem mudar a forma como o servidor se comporta com relação a todos. O Lambda é o mais antigo MOO em operação.

No caso analisado, um usuário programou uma rotina do servidor chamada de boneco de *voodoo*, cuja função era manipular os avatares de outras pessoas para seguir as ordens do avatar controlador. Esse usuário utilizou o seu avatar, Mr. Bungle, para descrever encontros sexuais considerados repugnantes com outros avatares contra a sua vontade. Esse fato tornou-se um escândalo na sociedade e, para os usuários, pouco importava o fato de o ambiente não ser real: eles se sentiram violados e demandavam algum tipo de ação da comunidade.[2]

Após muitas discussões acerca de normas sociais em ambientes virtuais, a própria comunidade decidiu que alguma forma de penalidade era necessária. Diante disso, os *designers* do espaço, chamados de *wizards*, disseram que iriam implementar o julgamento da comunidade. Em um determinado momento, foi decidido que o Mr Bungle receberia a pena mais grave possível: ele deveria ser deletado do sistema.[3]

Ao tempo em que foi divulgado, o caso do Mr. Bungle foi considerado um caso de autorregulação da internet e foi objeto de inúmeros estudos sobre comportamento virtual.

Como já demonstrado, Benjamin Constant destaca que o termo "liberdade" foi usado para definir duas espécies diferentes de relações sociais ao longo da história: a liberdade dos antigos era caracterizada por uma participação ativa e constante do poder coletivo; já a liberdade dos modernos situava-se no plano da independência privada.

Afirma Constant que o objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; que era isso o que eles denominavam liberdade.

---

[2] GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 69.
[3] Ibid. p. 70.

É certo que o tipo de reação coletiva que o caso do Mr. Bungle gerou está mais próximo da chamada liberdade dos antigos do que da dos modernos. Um membro da comunidade havia rompido o pacto social, violado normas de conduta, tornado-se violento e agressivo para os demais. A comunidade, então, deliberou e decidiu, direta e coletivamente, que esse membro deveria ser banido. Note-se que essa decisão não passou por tribunais nem por representantes eleitos e que não existia lei prévia vedando o estupro virtual nem estabelecendo a exclusão da personagem virtual como punição para aqueles que realizassem tal ato.

Atualmente, exemplos de autorregulação em comunidades virtuais não faltam. Em jogos online, é comum que os controladores consultem os jogadores antes de adotar certas mudanças, ou façam discussões para decidir que tipo de compensação será admitida pelos usuários após uma falha do servidor, por exemplo.[4]

Algumas vezes, a autorregulação do ciberespaço transborda para o mundo real. Em 2012, Amanda Todd, uma jovem canadense de 15 anos, cometeu suicídio após sofrer *cyberbullying*. Tudo começou quando ela tinha 12 anos e mostrou os seios a um desconhecido na internet em uma sala de bate papo. O homem, que guardou a foto, passou a ameaçá-la de divulgar a imagem para seus conhecidos se ela não fizesse um "show" para ele diante da *webcam*. Ela se recusou. Ele, então, divulgou a foto. Após sofrer *bullying* de seus colegas de escola por isso, ela mudou de escola, mas de nada adiantou, pois o homem criou uma conta no *facebook* na qual utilizou a referida foto como a imagem do perfil e contatou alunos da nova escola de Amanda. A partir desse ponto, o *bullying* se intensificou tanto que levou Amanda ao suicídio.

Com o suicídio, o caso foi amplamente divulgado na mídia, levando a um amplo debate sobre *cyberbullying*. O grupo *hacker Anonymous* entrou na discussão e divulgou um vídeo no qual forneceu as informações pessoais do suposto agressor de Todd[5], incluindo seu nome e endereço.

O grupo, que possui um forte apelo dramático e teatral, tem conquistado muitos adeptos a ponto de ter sido considerado pela revista *Time* uma das cem personalidades mais influentes da atualidade.[6]

Os membros comumente começam seus vídeos, que chamam de pronunciamentos, dirigindo-se aos "queridos cidadãos de nossa nação" ou aos "queridos cidadãos do mundo", e terminam dizendo: "Nós somos *Anonymous*. Nós somos legião. Nós não esquecemos. Nós não perdoamos. Aguarde-nos". No caso

[4] NECRONX. *Sobre a fusão dos servidores BRO*. Disponível em: <http://www.necropolecomercial.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=104>. Acesso em: 19 jan. 2013.
[5] O suposto agressor foi considerado "*doxed*" pelo Anonymous. "*To dox*" é um termo utilizado entre internautas que significa divulgar toda a informação pessoal de algum usuário disponível na internet para que qualquer outro usuário possa ver. Nome, endereço, telefone, dentre outros dados. Muitas vezes isso leva esse usuário a não mais utilizar a rede.
[6] CAMPI, Monica. *Anonymous aparece entre os 100 mais influentes da Time*. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/anonymous-aparece-entre-os-100-mais-influentes-da-time-19042012-22.shl>. Acesso em: 19 jan. 2013.

específico sob análise, afirmaram que a pessoa indicada como agressor era uma abominação para a nossa sociedade e seria punida.

O tipo de discurso utilizado pelo grupo é claro: falam para os cidadãos, logo entendem os internautas como uma sociedade; os cidadãos são os detentores originários do poder político, logo eles reivindicam o poder dessa coletividade de cidadãos, que chamam de legião, para legitimar suas ações e eximir-se de responsabilidades individuais; investigam, julgam e condenam o suposto culpado, divulgando seus dados pessoais para que o público em geral possa aplicar a punição que achar devida.

Após a divulgação desse vídeo, mais uma vez seguiu-se um amplo debate na mídia e na internet: seria a pessoa indicada realmente o agressor? Se fosse, deveriam ser *hackers* a divulgar essa informação ou deveria ser a polícia? Em outras palavras, deveriam ser os cidadãos engajados, mas que não possuem cargos públicos, ou aqueles cidadãos incumbidos de exercer o monopólio policial do Estado?

Essas perguntas permanecem sem resposta. Contudo, por mais que seja certo que o cidadão virtual é um cidadão ativo, engajado na política do ciberespaço, é também certo que ele não admite a violação de sua privacidade virtual.

Note-se que o suposto agressor de Amanda Todd violou a expectativa de privacidade dela e, por isso, foi considerado uma "abominação para a nossa sociedade". Um homem que colocou em risco o exercício de liberdades privadas no ciberespaço ao, ardilosamente, quebrar um suposto vínculo de confiança que previamente havia construído com outra internauta.

Em outras palavras, o suposto agressor foi condenado nos termos da liberdade dos antigos, mas por ter violado uma liberdade dos modernos – a liberdade que cada um tem de poder se relacionar com quem quiser, como quiser, sem que isso possa ser observado e controlado pela sociedade. A foto nua é um evento que, para o homem moderno e pós-moderno, deveria ficar restrita à intimidade dos envolvidos.

Além dos casos de autorregulação, outro ponto que aproxima a liberdade dos antigos da liberdade virtual é a "praça pública cibernética". A internet pode ser considerada como um grande fórum público de discussão, de tal forma que há uma liberdade que aproveita os recursos da *web* melhor do que as outras: a liberdade de expressão. Com a rede mundial de computadores, a possibilidade de exercício da liberdade de expressão pelo cidadão individualmente considerado foi elevada a um patamar nunca antes visto, pois cada um tem o potencial de, usando seu computador pessoal em sua casa, falar para uma plateia mundial.

Note-se que essa possibilidade de deliberação pela rede mundial não fica restrita ao plano das ideias, ela é concreta. A título de exemplo, na Islândia, país no qual dois terços da população utilizam o *facebook*, a nova Constituição foi debatida também pelas redes sociais.[7]

[7] Sul 21. *Constituição islandesa terá cláusulas criadas e aprovadas com auxílio das redes sociais*. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/constituicao-islandesa-tera-clausulas-criadas-e-aprovadas-

Já o marco civil da internet brasileira contou, em sua deliberação, com ampla participação popular pela rede mundial de computadores. O projeto recebeu mais de 160 mil participações de internautas com sugestões e críticas.[8]

Ressalte-se que como a palavra que é escrita em *sites* permanece lá até ser apagada, há a possibilidade de um diálogo diferido no tempo da internet. Em outras palavras, a resposta não precisa ser dada instantaneamente após a pergunta. Com isso, a aquisição de adeptos para o processo de deliberação é facilitada, pois cada um utiliza a rede quando pode, sendo livre para determinar o quanto de seus interesses individuais serão comprometidos pelo tempo dedicado a deliberar sobre os interesses coletivos. Ou seja, com a deliberação virtual não há o problema de todos terem que se reunir ao mesmo tempo em praça pública.

O homem virtual, consciente do potencial da liberdade de expressão na rede, tem feito amplo uso dela. Ele não admite, portanto, qualquer tentativa estatal de restringi-la.

Por outro lado, há uma preocupação com a privacidade. O e-mail pessoal é considerado inviolável. Toda tentativa estatal ou coorporativa de interceptar e-mails ou comunicações virtuais privadas é entendida como um abuso.

Foi assim com o caso SOPA, o *Stop Online Piracy Act*, uma proposta de lei dos Estados Unidos cujo objetivo geral é proteger o mercado de propriedade intelectual. Após inúmeras manifestações da sociedade contra o ato, ele foi parcialmente abandonado pelo governo norte-americano, porém permanece suspenso. Contudo, após a derrota parcial do SOPA, houve outras tentativas do governo norte-americano de aprovar leis semelhantes, como o CISPA (*Cyber Intelligence Sharing and Protection Act*), chamado de SOPA 2.0, que também foi intensamente criticado pois permitiria que o governo soubesse tudo sobre o comportamento virtual do indivíduo[9]

Da mesma forma, os governos da China[10] e de Cuba[11] são duramente criticados por não respeitar a privacidade de seus usuários e tentar restringir o exercício da liberdade de expressão na rede.

Partindo dos exemplos narrados fica claro que o homem virtual não admite determinações sobre o seu comportamento individual; não admite que o governo

---

com-auxilio-das-redes-sociais/>. Acesso em: 18 jan. 2013. E O Filtro. *Na Islândia, a Constituição é feita pela internet.* Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/06/09/na-islandia-a-constituicao-e-feita-pela-internet/ >. Acesso em: 18 jan. 2013.

[8] CAMPANA, Fábio. *Marco Civil da Internet é inovador, diz a The Economist*. Disponível em: <http://www.fabiocampana.com.br/2013/01/marco-civil-da-internet-e-inovador-diz-a-the-economist/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

[9] KLEINA, Nilton. *CISPA, a SOPA 2.0 que pode acabar com sua privacidade.* Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/projeto-de-lei/21973-cispa-a-sopa-2-0-que-pode-acabar-com-sua-privacidade.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

[10] Estadão.com.br. *China aumenta controle sobre usuários de internet.* Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,china-aumenta-controle-sobre-usuarios-de-internet,978478,0.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

[11] Terra Internet. *Cubanos com acesso à internet local aumentam 40% em 2011*. Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/internet/cubanos-com-acesso-a-internet-local-aumentam-40-em-2011,d87bfe32cdbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

imponha quais sites ele pode visitar, quais programas ele pode usar, quando, como ou com quem ele pode se comunicar, nem monitore a sua vida *on-line*.

Aquilo que o homem virtual chama de liberdade, portanto, difere tanto da liberdade dos antigos como da dos modernos: por um lado, ele quer uma internet quase anárquica, na qual os próprios membros tenham o poder de determinar suas regras e as punições para aqueles que as violarem; reivindica-se a mais ampla liberdade de expressão de forma que não há quase pecado. Por outro lado, há um pecado: o homem virtual não quer que a sua esfera de intimidade seja violada. Quando isso ocorre, em nome da citada ampla liberdade de expressão, não há perdão, e a resposta vem na mesma moeda virtual.

5. Conclusão

A presente pesquisa teve como objetivo analisar até que ponto a liberdade virtual assemelha-se ou distancia-se da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos, utilizando-se como base a obra de Benjamin Constant.

Conclui-se que a liberdade virtual assemelha-se a uma liberdade anárquica, na qual os indivíduos, membros da comunidade, reivindicam para si o direito de punir diretamente os outros indivíduos que sejam considerados desviantes em sua projeção cibernética. Isso ocorre tanto em casos nos quais o desvio é puramente virtual como em casos em que se usa o mundo virtual para um desvio no mundo real.

Essa liberdade anárquica é semelhante a dos antigos, mas com ela não se confunde, porque o homem virtual, por outro lado, não admite interferência nas suas questões privadas, aproximando-se, nesse aspecto, da liberdade dos modernos. Isso ficou claro no ponto em que foi demonstrado que quando as liberdades individuais (modernas) são ameaçadas, o homem virtual responde, mas o faz nos termos da liberdade dos antigos.

Por essas razões, a liberdade virtual não é nem uma subespécie da liberdade dos antigos nem da liberdade dos modernos, configurando uma nova espécie de liberdade nunca antes experimentada em uma escala global.

6. Bibliografia

CAMPANA, Fábio. *Marco Civil da Internet é inovador, diz a The Economist*. Disponível em: <http://www.fabiocampana.com.br/2013/01/marco-civil-da-internet-e-inovador-diz-a-the-economist/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

CAMPI, Monica. *Anonymous aparece entre os 100 mais influentes da Time*. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/anonymous-aparece-entre-os-100-mais-influentes-da-time-19042012-22.shl>. Acesso em: 19 jan. 2013.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

Estadão.com.br. *China aumenta controle sobre usuários de internet*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,china-aumenta-controle-sobre-usuarios-de-internet,978478,0.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation:* Scale-free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

KLEINA, Nilton. *CISPA, a SOPA 2.0 que pode acabar com sua privacidade*. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/projeto-de-lei/21973-cispa-a-sopa-2-0-que-pode-acabar-com-sua-privacidade.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

NECRONX. *Sobre a fusão dos servidores BRO*. Disponível em: <http://www.necropolecomercial.com/site/index.php?option=com_content&task=view&id=104>. Acesso em: 19 jan. 2013.

O Filtro. *Na Islândia, a Constituição é feita pela internet*. Disponível em: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/06/09/na-islandia-a-constituicao-e-feita-pela-internet/ >. Acesso em: 18 jan. 2013.

Sul 21. *Constituição islandesa terá cláusulas criadas e aprovadas com auxílio das redes sociais*. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2012/10/constituicao-islandesa-tera-clausulas-criadas-e-aprovadas-com-auxilio-das-redes-sociais/>. Acesso em: 18 jan. 2013.

Terra Internet. *Cubanos com acesso à internet local aumentam 40% em 2011*. Disponível em: <http://tecnologia.terra.com.br/internet/cubanos-com-acesso-a-internet-local-aumentam-40-em-2011,d87bfe32cdbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

Sujeição dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa[1]

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. Crimes de Responsabilidade e Atos de Improbidade. 3. A Interação entre Texto e Contexto e a Sujeição dos Agentes Políticos à Lei nº 8.429/1992. Epílogo.

1. Aspectos Introdutórios

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ao dispor sobre os sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade administrativa, utilizou uma fórmula linguística de inegável amplitude. De acordo com o seu art. 2º, "*[r]eputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*".

Como se constata, a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções.

Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe dos agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2º, ao mencionar as "*entidades mencionadas no artigo anterior",* torna incontroverso que também poderão praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, quais sejam: a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido

* 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 e ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009). Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Assessor Jurídico do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG). Membro da *American Association of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

[1] Texto utilizado para subsidiar a comunicação realizada pelo autor, em 10 de maio de 2012, no seminário "Improbidade Administrativa e Agentes Públicos", promovido, na Cidade de Porto Alegre, pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

ou concorra com *mais* de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos* de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Os elementos que compõem o art. 2º da Lei nº 8.429/1992 conferem grande amplitude conceitual à expressão agente público. Se não vejamos:

a) lapso de exercício das atividades: irrelevante, podendo ser transitório ou duradouro;

b) contraprestação pelas atividades: irrelevante, podendo ser gratuitas ou remuneradas;

c) origem da relação: irrelevante, pois o preceito abrange todas as situações possíveis – eleição, nomeação, designação, contratação *ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo*;

d) natureza da relação mantida com os entes elencados no art. 1º : mandato, cargo, emprego ou função.

Não obstante a amplitude do enunciado linguístico empregado no art. 2º da Lei nº 8.429/1992, o Supremo Tribunal Federal chegou a acolher uma tese no mínimo inusitada, qual seja, a de que agentes políticos não praticariam atos de improbidade, mas tão somente crimes de responsabilidade. Considerando que esse preceito normativo absorve todas as formas de investidura, referindo-se, expressamente, à eleição e à nomeação, alcançando, indistintamente, o exercício de mandato ou cargo, a única maneira de excluir os agentes políticos do seu alcance é sustentar a sua incompatibilidade com a ordem constitucional. Para demonstrar o desacerto dessa conclusão, teceremos algumas considerações em torno da distinção entre atos de improbidade e crimes de responsabilidade e, em um segundo momento, a respeito da funcionalidade da interpretação constitucional.

2. Crimes de Responsabilidade e Atos de Improbidade

Os denominados *crimes de responsabilidade* encontram inspiração no processo de *impeachment* do direito anglo-saxão. O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar, em nada se confundindo com outras esferas de responsabilização, como a penal. No direito penal, a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outra função pública costumam ser meros efeitos da condenação, enquanto, no processo de *impeachment*, são os próprios fins perseguidos. Em um caso, busca-se punir o infrator; no outro, privá-lo do poder.[2]

O processo de *impeachment* tem raízes no direito inglês, em que os ministros do Rei eram responsabilizados, perante o Parlamento, pelos atos ilegais do governo.

[2] Cf. BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, vol. III, colligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 433.

A regra "*the king can do no wrong*" não significava propriamente que todos os atos do Rei eram legais, mas, sim, que a responsabilidade recairia sobre seus ministros.[3]

O *impeachment* evoluiu de modo que todos os agentes públicos poderiam ser acusados, pela *House of Commons*, por traição, corrupção e outros crimes graves, sendo o julgamento de competência da *House of Lords*. No decorrer do Século XVII, o *impeachment* foi uma importante arma no combate às políticas reais impopulares. O último julgamento dessa natureza foi o de Lord Melville, que, em 1806, foi acusado de corrupção. Atualmente, o Parlamento possui mecanismos mais eficazes para apurar a responsabilidade ministerial (*v.g.*: voto de desconfiança), estando o processo de *impeachment* francamente ultrapassado. Trata-se de consequência lógica do fortalecimento do Parlamento, que assumiu uma posição hegemônica na escolha dos membros do governo, intensificando o seu controle e facilitando a sua substituição.

A fórmula foi transposta para o direito norte-americano, em que o Presidente, o Vice-Presidente e todos os funcionários civis estão sujeitos a processo de *impeachment* por traição, corrupção ou outros graves crimes.[4] A exemplo do modelo britânico, as atividades de acusação e julgamento foram divididas entre as duas Casas Legislativas. É um processo de contornos essencialmente políticos, atuando como nítido elemento de contenção, pelo Poder Legislativo, dos atos discricionários emanados dos altos funcionários do País. A utilização do sistema presidencialista de governo, com uma separação mais intensa entre as funções executiva e legislativa, tem conferido uma singular importância ao processo de *impeachment*, sendo um dos principais canais de controle do Executivo.

No direito brasileiro, que se assemelha ao norte-americano no sistema de governo e nos objetivos a serem alcançados com processos dessa natureza, merece referência a Exposição de Motivos que acompanhou a Lei nº 1.079/1950. Ao tratar do *iter* a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, dispôs que "*ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo* sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins*".[5]

---

[3] Cf. BRADLEY, A. W. e EWING, K. G. *Constitutional and Administrative Law*. 13ª ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2003, p. 104.

[4] Constituição de 1787, art. II, Seção 4.

[5] Essa constatação é reforçada pela redação do art. 42 da Lei nº 1.079/1950: "A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". Deixando o cargo, suprimida estaria a responsabilidade política do agente. O art. 3º da Lei nº 1.079/1950 ressaltou, de forma expressa, que ainda seria possível o julgamento do agente, perante o órgão jurisdicional competente, em tendo praticado crime comum. Não bastasse isto, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, dispõe que, no julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, "funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por

Conquanto seja induvidoso que, no sistema brasileiro, a *ratio* da tipificação, do julgamento e do sancionamento dos crimes de responsabilidade seja cessar o vínculo jurídico-funcional do infrator com o Poder Público, impedindo o seu restabelecimento durante certo período, a sua natureza puramente política não é estreme de dúvidas. Afinal, em alguns casos, o processo e o julgamento são deslocados do Poder Legislativo para o Judiciário, o que confere um colorido distinto aos atos a serem praticados.

Assim, a primeira dificuldade que se encontra é identificar o que vem a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal.[6] Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redunda num julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal.[7] Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a uma pena de prisão.[8] E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.[9]

Ainda merece referência a circunstância de que alguns agentes mencionados na Constituição da República como autores em potencial dos crimes de responsabilidade (*v.g.*: membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público – art. 52, II) sequer são alcançados pela tipologia da Lei nº 1.079/1950, o que simplesmente inviabiliza a sua punição.

A partir dessas constatações iniciais, já se pode afirmar que a natureza

---

dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis". À luz desses preceitos, restam incontroversas a dicotomia e a independência entre as instâncias política e jurisdicional.

[6] CR/1988, art. 52, I e parágrafo único.

[7] CR/1988, art. 102, I, c.

[8] Decreto-Lei nº 201/1967, art. 1º. O mesmo diploma normativo, em seu art. 4º, fala nas "*infrações-político-administrativas dos Prefeitos Municipais*", o que se assemelharia aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950. Nesse sentido: "Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime de Responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns. I. – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas crimes de responsabilidade. II. – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. – HC indeferido" (STF, Pleno, HC nº 60.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/05/1995).

[9] Como única exceção, pode ser mencionado o crime de responsabilidade passível de ser praticado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores que gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus Vereadores (CR/1988, art. 29-A, §§ 1º e 3º).

jurídica dos crimes de responsabilidade não comporta uma resposta linear, pois, para alguns agentes, trata-se de ilícito que ensejará um julgamento jurídico e, para outros, um julgamento político, isso para não falarmos daqueles que sequer são alcançados pela tipologia legal.[10]

A tese de que os agentes políticos somente podem praticar crimes de responsabilidade foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 2.138/2002. Argumentou-se que boa parte dos atos de improbidade encontram correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/1950,[11] que "*define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento*", o que seria suficiente para demonstrar que o crime de responsabilidade absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na administração, o que possibilitaria o seu *impeachment*. Em consequência, prevaleceu a seguinte linha argumentativa: (1) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, consequentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado, que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou a competência do Tribunal.

A tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina e nenhuma adesão na jurisprudência. Não se pode negar, no entanto, que o caso submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por envolver Ministro de Estado, representava uma situação verdadeiramente singular. Afinal, esse agente, a exemplos dos demais referidos no art. 102, I, c, da Constituição de 1988, quando praticam crimes de responsabilidade, são submetidos a um julgamento estritamente jurídico perante o Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a partir de uma tipologia semelhante, o agente estaria sujeito a duas esferas distintas de responsabilização jurídica, a dos crimes de responsabilidade e a dos atos de improbidade, o que, aos olhos do Tribunal, pareceu inadequado.

Avançando nos alicerces estruturais da curiosa e criativa "tese", observa-se que o parágrafo único do art. 85 da Constituição dispõe que esse tipo de crime seria definido em "*lei especial*", logo, nada mais "natural" que concluir que a Lei de Improbidade faz às vezes de tal lei. Afinal, se é crime de responsabilidade

[10] Acresça-se a dificuldade em compreender o real fundamento do Enunciado nº 722 da Súmula do STF ("*são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento*"), pois, se os crimes de responsabilidade não são verdadeiros crimes (*v.g.*: não são considerados para fins de reincidência), mas infrações de raiz política e administrativa, como justificar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria? Incidiria na hipótese o disposto no art. 22, I, da Constituição da República?

[11] Infrações semelhantes já eram coibidas (1) no Império, com a lei "sobre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado, de 15/10/1827, que regulamentou o art. 47 da Constituição de 1824, e (2) no início da República, com os Decretos 27 e 30, de 07 e 08/01/1892, que tratavam dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, sendo estes os antecedentes da Lei nº 1.079, de 10/04/1950.

atentar contra a probidade, qualquer conduta que consubstancie improbidade administrativa será, em última *ratio*, crime de responsabilidade.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica. Entender que ao Legislativo é defeso atribuir consequências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? Não é demais lembrar que o próprio substitutivo ao Projeto de Lei nº 1446/1991, apresentado pelo Senado e que redundou na Lei nº 8.429/1992, era expresso ao reconhecer que os atos de improbidade (principal) também configuravam crimes de responsabilidade (secundário), sendo certo que "*a instauração de procedimento para apurar crime de responsabilidade não impede nem suspende o inquérito ou processo judicial referido nesta Lei*" (art. 11). Percebe-se, assim, a difusão do entendimento de que são figuras distintas, bem como que a interpenetração dos sistemas dependeria de previsão legal expressa.

E, o pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/1950 é especial em relação à Lei nº 8.429/1992, culminado em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a "*atos de improbidade*"[12] e a "*crimes de responsabilidade*",[13] remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional.[14] Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*. Não é demais lembrar que a funcionalidade do processo por crime de responsabilidade é afastar o agente do poder, não propriamente impor restrições aos distintos aspectos de sua esfera jurídica alcançados pela Lei nº 8.429/1992.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

3. A Interação entre Texto e Contexto e a Sujeição dos Agentes Políticos à Lei nº 8.429/1992

É sabido que os enunciados linguísticos de natureza normativa, enquanto projetos de regulação funcionalmente direcionados ao ambiente sociopolítico,

[12] CR/1988, arts. 15, V, e 37, § 4º.
[13] CR/1988, arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º.
[14] CR/1988, arts. 37, § 4º, e 85, parágrafo único.

realidade viva e dinâmica, não podem permanecer indiferentes aos distintos fatores que se projetam sobre esse ambiente e concorrem para o seu delineamento. Todo e qualquer enunciado linguístico, normativo ou não, se interrelaciona com determinados fatores que influem na formação do seu significado e respectivo alcance. Esses fatores são colhidos no universo existencial de cada enunciado, vale dizer, no contexto em que inserido, que pode ser visto sob uma perspectiva linguística ou não-linguística. Alíás, remonta aos romanos o brocardo "*lex non est textus sed contextus*".

Especificamente em relação ao contexto não-linguístico, observa-se que ele absorve um amplo e variado leque de fatores, incluindo aspectos sociopolíticos e econômicos e os contornos culturais da sociedade,[15] propósitos e objetivos tidos como relevantes,[16] ou, mesmo, as peculiaridades de uma situação concreta.[17] Todos amplamente suscetíveis à ação do tempo. As normas constitucionais, enquanto padrões de regulação social, não podem ser individualizadas à margem dessa realidade. Pelo contrário, o seu significado será definido com a necessária influência da totalidade do contexto, mais especificamente com a influência do modo pelo qual o intérprete vê e apreende esse contexto.[18] O processo de interpretação não permanece adstrito ao material fornecido pelas fontes formais, sendo factível que a ele se soma uma multiplicidade de conceitos que delineiam o patrimônio cultural da sociedade e, em última *ratio*, do próprio intérprete. É o contexto social que justifica a existência da regulação estatal e estabelece os significados correntes da linguagem utilizada.[19]

A suscetibilidade ao contexto certamente contribui para compreendermos o porquê de enunciados linguísticos similares ou, mesmo, idênticos, darem origem a distintos conteúdos normativos, consoante as especificidades de ordem local e espacial, isso sem olvidar o papel desempenhado pelo intérprete. Esses conteúdos normativos hão de se ajustar a cada ambiente sociopolítico, contribuindo, desse modo, para atender às necessidades locais e, em última *ratio*, para a materialização do sempre almejado ideal de justiça.

Volvendo ao "entendimento" externado na Reclamação nº 2.138/2002, observa-se que ele simplesmente ignora a realidade brasileira e os elevados níveis de ilicitude que são frequentemente praticados pelos altos escalões do poder. Ignora, igualmente, que é de todo incompatível com qualquer referencial de

---

[15] Cf. AVELAR FREIRE SANT'ANNA, Alayde. *A Radicalização do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37 e ss.
[16] Cf. WROBLEWSKI, Jerzy, BÁNKOWSKI, Zenon e MACCORMICK, Neil. *The judicial application of Law*, Vol. 15 de *Law and philosophy library*, Springer: The Netherlands, 1992, p. 103-104.
[17] Como ressaltado por Richard Posner, não é incomum que o juiz norte-americano adote uma postura "*legalista*" ou "*não legalista*", permanecendo adstrito ou distanciando-se do texto normativo, a partir da reação moral ou emocional (*v.g.*: repulsa, indignação, contentamento etc.) que tenha em relação à conduta de uma das partes envolvidas na lide (*How Judges Think?*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231).
[18] Cf. BELLERT, Irena. *La linguistica testuale* (*On a Condition of the Coherence of Text*), trad. de CONTE, M. Elisabeth, Milano: Feltrinelli, 1977, p. 180.
[19] Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*, Bologna: Il Mulino, 1977. p. 39.

racionalidade e coerência lógica que, em um ambiente hierarquizado, como sói ser aquele inerente à Administração Pública brasileira, seja excluída a responsabilidade justamente dos altos escalões do poder. Afinal, com escusas pela obviedade, o exemplo há de vir sempre de cima, máxime porque, regra geral, as decisões são tomadas pelos escalões superiores e simplesmente executadas pelos inferiores.

Não é possível alcançar conclusão outra que não a de que o referido "entendimento" foi engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade. Espera-se, ao final, seja ele revisto, mas o simples fato de ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz.

Como afirmou o Ministro Carlos Velloso, a tese "*é um convite para a corrupção*", conclusão clara na medida em que servirá de *bill of indemnity* para os autos escalões do poder. Na medida em que estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-os, tão somente, à responsabilização nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembrada ou explicada.

Essa estranha maneira de ver a realidade, cambaleante na forma, frágil na essência, faz lembrar a perspicaz narrativa do Padre António Vieira: "navegava Alexandre (Magno) em uma poderosa armada pelo mar Eritheu a conquistar a Índia; e como fosse trazido á sua presença um pirata, que por alli andava roubando os pescadores, reprehendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau officio; porém elle que não era medroso nem lerdo respondeu assim: Basta, senhor, que eu porque roubo em uma barca sou ladrão, e vós porque roubaes em uma armada sois imperador? Assim é. O roubar pouco é a culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito, os Alexandres."[20] Na Idade Média, o grande Bonifácio já observara que certas leis se assemelham a teias de aranha: aprisionam moscas, mas são dilaceradas pelos grandes pássaros.

O Ministro Joaquim Barbosa, no voto divergente que proferiu na Reclamação nº 2.138/2002, externou uma perplexidade que, arriscaríamos dizer, é compartilhada por grande parte da comunidade jurídica nacional. Eis suas considerações: "a proposta que vem obtendo acolhida até o momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a-histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham a prerrogativa de terem o seu ordenamento jurídico próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se,

[20] Sermão do Bom Ladrão, In: Obras Completas do Padre António Vieira, vol. V. Porto: Livraria Chardron, 1907, p. 63.

a meu sentir, de uma lamentável tentativa de *rebananização* da nossa República! Eu creio que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu passado, pela sua credibilidade, pelas justas expectativas que suscita, não deve embarcar nessa aventura arriscada".

Deve-se observar, no entanto, que no mesmo dia em que ultimou o julgamento da Reclamação nº 2.138/2002, o Supremo Tribunal Federal apreciou a Petição nº 3.923,[21] tendo decidido que caberia ao juiz de primeira instância realizar a execução de decisão judicial que condenara o Deputado Federal Paulo Salim Maluf por ato de improbidade, praticado quando ocupara o cargo de Prefeito Municipal de São Paulo. Na ocasião, restou assentado que o Supremo Tribunal Federal não poderia se transmudar em mero executor de uma decisão transitada em julgado. Em *obiter dictum*, diversos Ministros que não participaram do julgamento da Reclamação nº 2.138/2002 reconheceram expressamente que agentes políticos podem ser responsabilizados por ato de improbidade administrativa, sem direito a foro por prerrogativa de função. A tese, portanto, está longe de estar pacificada no âmbito do Tribunal.

Epílogo

Em uma sociedade politicamente organizada e historicamente dominada por pequenas aristocracias, que há muito se acostumaram com a confortável sensação oferecida pela imunidade, é fácil compreender a resistência em se permitir que a Lei nº 8.429/1992 alcance os altos escalões do poder. Espera-se, no entanto, que, pouco a pouco, a nossa jurisdição constitucional compreenda, de vez, que ela não é uma "ilha", estranha e indiferente às vicissitudes do ambiente sociopolítico. Afinal, não há norma à margem do contexto e o Supremo Tribunal Federal há de ter sensibilidade para apreendê-lo. Para tanto, basta fitar os olhos nos meios de comunicação social e constatar, com riqueza de detalhes, a degradação moral que alcança considerável parcela da classe política brasileira. Eximi-la de responsabilidade (e crime de responsabilidade é menos que nada) significa disseminar um exemplo negativo, tornando a injuridicidade endêmica e difícil de ser revertida.

Sem prejuízo do *munus* que recai sobre os poderes constituídos, é preciso que o povo brasileiro, cuja capacidade de compreensão é sensivelmente afetada pela precariedade do ensino oferecido pelas aristocracias dominantes, deixe de ser um expectador passivo, indiferente à perpetuação da impunidade e da injustiça. Lembrando o conhecido brocardo anglo-saxão, "*justice in the life and conduct of the State is possible only as first it resides in the hearts and souls of the citizens*".

[21] Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 13/06/2007, DJ de 20/06/2007.

Movimentos Sociais, Confronto Político e Concretização da Constituição. Uma Análise Interdisciplinar à Luz da Ciência Política, da Sociologia e do Direito Constitucional

Emiliano R. Brunet*

Introdução

Apostando na interdisciplinaridade, o presente ensaio pretende promover uma investigação a partir do encontro entre as teorias jurídicas concretistas sobre a hermenêutica constitucional e algumas das categorias fundamentais cunhadas no âmbito da sociologia e da ciência política acerca dos movimentos sociais, notadamente a partir das contribuições essenciais de Charles Tilly e Sidney Tarrow.

São assumidas como premissas a centralidade da Constituição na estruturação dos Estados modernos no ocidente e a sua singularidade enquanto documento político e jurídico que se coloca, por sua própria natureza e pelos temas de que trata, na tensionada fronteira entre a normatividade e a realidade, ou por outra, entre o dever-ser (*sollen*) e o ser (*sein*). É inerente às Constituições a tensão entre a pretensão ordenadora do mundo político e o caráter potencialmente inapreensível da multifacetada realidade social que lhe é correspondente. Nesse diapasão, não se deve perder de vista que a Constituição é também um produto desta realidade, tensão esta que se torna particularmente rica em razão das inflexões que a sempre cambiante realidade social impõe ao texto constitucional.

É justamente em decorrência desta peculiaridade, porém, que floresce a possibilidade de um diálogo bastante produtivo entre o tipo de discurso que o direito constrói acerca da interpretação da Constituição e as ferramentas e molduras analíticas que a sociologia e a ciência política disponibilizam sobre os movimentos sociais e as relações destes com o arcabouço estrutural e os fenômenos culturais.

De início, examinaremos mais de perto o notável esforço da doutrina constitucional alemã ao se debruçar sobre a tensão entre normatividade e realidade, acima mencionada, selecionando para tal fim a retomada, por Konrad Hesse, do tema da força normativa da Constituição, bem como a construção teórica de Peter Häberle acerca da assim chamada "*sociedade aberta de intérpretes da Constituição*". Tais esforços, sem desnaturar a sua essência e ignorar a normatividade da Constituição, conseguem revelar que a mesma só alcança eficácia e põe em marcha sua força vital quando, dentro dos seus limites, é social e culturalmente apropriada

* Promotor de Justiça. Mestre em Ciência Política – IESP/UERJ; Doutorando em Ciência Política - IESP/UERJ.

e concretamente interpretada pela comunidade de autores e destinatários do seu programa em face de desafios reais.

Veremos surgir, a partir da compreensão do que propõem Hesse e Häberle, a abertura de um canal de diálogo com a teorização dos movimentos sociais, revelando-se especialmente produtivo examinar em que medida a Constituição, assim entendida, se relaciona com a percepção que os movimentos sociais têm – já aqui evocando dois conceitos para cuja compreensão usaremos os trabalhos de Charles Tilly e Sidney Tarrow – acerca da "*estrutura de oportunidades políticas*", bem como em que medida os "*repertórios*" dos movimentos sociais são modulados a partir de uma determinada interpretação (aí incluída a apropriação cultural) da Constituição.

Por intermédio do canal de diálogo acima referido, verificaremos, ainda, como tal compreensão do papel da Constituição se articula com as noções de "*ruptura*" e "*mobilização*" também presentes na teorização sobre os movimentos sociais.

Esperamos, com esta abordagem interdisciplinar, agregar uma maior densidade sociológica ao viés concretista de interpretação da Constituição desenvolvido no meio jurídico e, ao mesmo tempo, melhor esclarecer o rebatimento que a percepção do programa normativo constitucional como *oportunidade política* pode ter na construção do *repertório* dos movimentos sociais.

1. "A Essência da Constituição": entre Realidade e Normatividade

O título da presente seção se inspira no clássico *Über die Verfassung* (1862), de Ferdinand Lassale, obra que, no Brasil, ganhou o título "A Essência da Constituição"[1] (Lassale, 1985, 2010). A escolha não é casual, considerando-se o caráter contundente e provocativo do trabalho de Lassale que, teorizando sobre a Constituição, problematiza sua normatividade e capacidade de conformar a realidade, ao sustentar que a mesma nada mais é que a soma dos *fatores reais de poder* reduzidos à expressão escrita. Foi ainda o trabalho de Lassale que, quase um século depois, serviu de mote para a retomada do tema por Konrad Hesse em aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg em 1959, e que redundou na publicação do também clássico *"Die normative Kraft der Verfassung"*, no Brasil traduzido como "A força normativa da Constituição" (Hesse, 1991). Pois é justamente o debate Lassale-Hesse que nos permitirá melhor introduzir o tema a ser tratado na presente seção.

O argumento central de Lassale consiste em que os problemas constitucionais "*não são problemas de direito, mas do poder*" (Lassale, 2010:47). Daí decorre que, para Lassale, o valor e a durabilidade de uma Constituição escrita assentam no quão fiel ela é à expressão dos fatores reais de poder que vigem e imperam em uma sociedade. Assim, os *fatores reais de poder* seriam, para o autor, "*a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são*" (idem, 2010:12).

[1] Há também outra tradução, de 1987, sob o título "O que é uma Constituição Política". São Paulo: Global Editora.

Dentre os *fatores reais de poder*, Lassale aponta a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, finalmente, a pequena burguesia e o proletariado, não sem antes adiantar, ainda que timidamente, um ousado viés culturalista ao proclamar que *"dentro de certos limites também a consciência coletiva e a cultura geral da nação"* (idem, 2010:19) integram os fatores reais de poder dos quais a "verdadeira" Constituição é tributária. Nos termos em que apresentada por Lassale, a essência da Constituição não seria portadora de normatividade (o que vale dizer, nada teria de "dever ser"/*sollen*), não sendo outra coisa que "um pedaço de papel" ("*ein Stück Papier*") a representar a expressão escrita dos fatores reais de poder (*sein*).

É justamente este o ponto que será retomado por Konrad Hesse ao proferir, em 1959, a palestra que deu origem à obra "A força normativa da Constituição" (Hesse, 1991). Adotando declaradamente como ponto de partida a problematização das afirmações de Lassale, Hesse se propõe a testar a hipótese de que a Constituição escrita contém, *"ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado"* (idem, 1991:11).

A hipótese de Hesse – de que a Constituição possui uma força normativa própria – pressupõe que se quebre a radical separação entre realidade e norma, ou seja, entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*). Hesse reconhece que a Constituição não tem existência autônoma em face da realidade, o que significa postular que a sua "*pretensão de eficácia*" (*Geltungsanspruch*[2]) está inelutavelmente ligada às *condições* históricas, sociais, culturais e políticas de sua realização. Todavia, segundo Hesse, esta *pretensão de eficácia*, embora tensionada e ligada de forma interdependente às condições materiais e históricas de sua realização, com elas não se confunde, de modo que para ele *"a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas"* (idem, 1991:15).

Reconhecendo esta interdependência sem negar a força normativa da Constituição, Hesse enumera o que seriam os *pressupostos* para que a mesma desenvolva sua "força ativa". Referindo-se ao conteúdo e à práxis constitucionais, tais pressupostos dizem respeito à necessidade de que seu texto não descure dos elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, incorporando o "estado espiritual" (*geistige Situation*) de seu tempo.

Além disso, segundo Hesse, o texto constitucional precisa gozar de uma certa maleabilidade à mudança das condições reais, abdicando de assentar em uma "estrutura unilateral", o que em outras palavras significaria ser dotado de abertura, adaptabilidade e pluralidade. Por fim, sua práxis deve se mostrar impregnada por um mandamento de ótima concretização de suas normas (*Gebot optimaler*

[2] Ao nosso ver, o vocábulo "*Geltungsanspruch*" comportaria melhor tradução como "pretensão de validade". No texto, a expressão "pretensão de eficácia" representa a opção do tradutor brasileiro da edição consultada. A opção da edição brasileira, ainda que não seja de todo fiel ao significado do termo em alemão, é boa, já que transmite a ideia de que, não obstante vigente e válido, o texto só se mostraria dotado da qualidade de *"eficácia"* quando adequado às condições históricas, sociais e políticas de sua realização.

Verwirklichung der Norm), significando isto que a interpretação mais adequada é aquela capaz de concretizar o sentido das proposições normativas dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação, do que resulta que a modificação das relações fáticas pode implicar mudanças na interpretação da Constituição. Por isso, conclui Hesse, "*o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus limites (...) dependendo das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia*" (idem, 1991:26).

Esta perspectiva será levada adiante e desenvolvida por Peter Häberle em trabalho originalmente denominado "*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*" (Häberle, 1998), no Brasil traduzido sob o título "Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição". Peter Häberle concebe a Constituição como um elemento dinâmico e vivo, inserto em um processo público, acentuadamente cultural, como desenvolvido, também, em seu trabalho "*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*". Tomando declaradamente de empréstimo o conceito de "sociedade aberta" desenvolvido por Karl Popper, Häberle sustenta que a interpretação e, por consequência, a concretização da Constituição se materializam através de um processo público integrado por um rol aberto de intérpretes, um processo que se expressa e é posto em marcha tanto pela aplicação formal quanto pela vivência do texto, tanto pela sua aplicação direta quanto indiretamente, tanto em âmbito institucional quanto fora dele, tanto por parte dos detentores do poder estatal quanto por parte dos que não o detém.

Ganha relevo na proposição de Häberle a pergunta relativa a *quem* exerce a interpretação da Constituição, ficando claro nas palavras do autor que "*no processo de interpretação constitucional, são potencialmente ativados todos os órgãos estatais, todas as 'forças públicas'* [3]*, todos os cidadãos e grupos. Não há enumeração exaustiva (fechada) de intérpretes da Constituição*" (Häberle, 1998:156).[4] Os intérpretes da Constituição em sentido amplo (*Verfassungsinterpreten im weiteren Sinn*) são, portanto, portadores e parte desta realidade que é condicionante da atividade hermenêutica e integrante do próprio conteúdo concreto do texto.

Não há aqui, e este já é um acréscimo nosso a partir do viés teórico de Häberle, espaço para a concepção dos comandos constitucionais em termos puramente abstratos, predeterminados e acessíveis somente por um rol restrito de sujeitos portadores de uma ontologia privilegiada, sejam estes sujeitos comprometidos com a manutenção do *status quo*, sejam eles comprometidos com alguma visão particularista, ainda que transformadora e bem intencionada, do que melhor consulta ao interesse geral.

[3] Parece-nos caber, aqui, um paralelo com os movimentos sociais, notadamente porque, no original, a expressão "*öffentlichen Potenzen*" tem sentido bastante aberto, sendo certo que a tradução por "forças públicas" poderia sugerir um viés institucional que, no texto e no contexto, absolutamente não há, estando o adjetivo "*öffentlich*" melhor referido à ideia de público como algo de que todos podem tomar parte.

[4] Segue a referida passagem no original: *"In die Prozesse der Verfassungsinterpretation sind potentiell alle Staatsorgane, alle öffentlichen Potenzen, alle Bürger und Gruppen eingeschaltet. Es gibt kein numerus clausus der Verfassungsinterpreten".*

A abordagem proposta por Häberle permite enfatizar dois aspectos que, adiante, serão de grande valia no entroncamento com a teorização dos movimentos sociais. O primeiro destes aspectos assenta na noção de "*Verfassungswandlung*" ou de *mutação constitucional*[5] como algo que resulta naturalmente dos câmbios a que está sujeita a interpretação da Constituição sendo este um processo público, plural, social e culturalmente inscrito. É importante ressaltar que esta *mutação constitucional* não se elastece ao ponto de anular a normatividade da Constituição, já que, segundo Häberle, esta mutação encontra limites na linguagem (isto é, nos limites inerentes à amplitude semântica que o texto a ser interpretado comporta) e no "todo material" da Constituição, que se expressa na preservação da sua unidade e coerência como sistema de normas (idem, 1998:87-89).

Portanto, a mutação constitucional propiciada pela atividade da comunidade aberta de intérpretes não vai tão longe ao ponto de romper a unidade e a coerência sistêmica da Constituição nem os limites possíveis dentro do campo semântico do seu texto, embora seja suficientemente elástica para admitir e compreender que a variação de significados no tempo e no espaço, conforme as condicionantes culturais, sociais e políticas é algo que traz vitalidade à Constituição e evita sua obsolescência.

O segundo aspecto que nos será de grande valia assenta na percepção de que a interpretação *jurisdicional* da Constituição é apenas uma parte do mosaico, o que significa compreender que, para além dos órgãos estatais investidos da jurisdição, existem múltiplos *lugares* (em sentido físico e em sentido simbólico!) de interpretação do texto constitucional, do que decorre, também, a multiplicidade de funções da mesma.

Recolhendo o que se tem a partir das lições de Hesse e Häberle, a abertura da interpretação constitucional à comunidade de intérpretes e o chamamento à sua concretização empírica abrem espaço para a problematização de temas relativos à própria função e natureza das Constituições, aos lugares reais e simbólicos de sua concretização, à disputa naturalmente cambiante, conflituosa e contingente sobre o conteúdo semântico de suas normas e à definição dos legítimos portadores dos seus significados e usos. É justamente através desta abertura que ganha relevo o papel dos movimentos sociais (quer compreendidos como agentes ou como forma de ação coletiva) no processo de interpretação e concretização da Constituição.

É, enfim, no cerne deste processo que se revela histórico, aberto, plural e essencialmente pragmático que se pode discutir como os movimentos sociais se apropriam ou podem se apropriar da Constituição, parecendo-nos ser este um viés de abordagem que conjuga considerações de ordem estrutural e cultural. Neste passo, já seria possível formular, em caráter especulativo, algumas hipóteses a

[5] Não se deve confundir a *mutação constitucional "Verfassungswandlung"* referida acima e resultante das mudanças na interpretação como reflexo do processo público e plural no qual a Constituição está inscrita, com as alterações formais da norma, através de emenda ou revisão, para as quais em alemão se reserva outro substantivo abstrato, a saber, "*Verfassungsänderung*".

serem adiante testadas com o exame da teorização sobre os movimentos sociais: haveria aproximações entre as noções de "*abertura constitucional*" e de "*estrutura de oportunidades políticas*"?; que relações haveria entre regimes políticos de Constituição aberta e a modulação dos repertórios dos movimentos sociais?; que relações haveria entre a capacidade de absorção de demandas "*por dentro da ordem*" em um regime desta natureza e os temas da "*ruptura*" e da "*mobilização*" presentes na teorização dos movimentos sociais?

O exame de tais questões pressupõe o manejo das categorias elaboradas na teorização sobre os movimentos sociais, tema que ocupará a próxima seção.

2. Algumas Categorias Relevantes da Teorização sobre os Movimentos Sociais

O sucesso da tarefa lançada na introdução deste trabalho pressupõe a descoberta de um canal de diálogo entre a teorização proposta por Hesse e Häberle acerca da Constituição e os esforços acadêmicos em torno da criação de um paradigma teórico para a compreensão dos movimentos sociais. Evidentemente, este encontro só é possível se formos capazes de romper o insulamento teórico produzido pela especialização, ultrapassando uma das fronteiras que Breno Bringel e Enara Echart (Bringel e Echart, 2008) apontam como barreira a ser superada na tarefa de interpretar as relações entre movimentos sociais e democracia.

Para os fins da abordagem que aqui se propõe, a chave que permite produzir o trespasse desta fronteira nos demanda a compreensão da centralidade do "*confronto político*" como categoria relevante tanto para a interpretação da Constituição, quanto para a compreensão da dinâmica dos movimentos sociais. No campo da teorização dos movimentos sociais, a utilização do "*confronto político*" como paradigma teórico e como categoria central é defendida em trabalho emblemático por Doug McAdam, Sidney Tarrow e Charles Tilly (McAdam, Tarrow e Tilly, 2009). Em trabalho de grande fôlego, inteiramente filiado a este viés teórico, Tarrow retrata o confronto político como algo inerente e inscrito na própria estrutura da sociedade, tradição iniciada com Marx e Engels (Tarrow, 2011:771)[6].

Vislumbrando linhas de continuidade com as abordagens de Marx, Lenin e Gramsci, Tarrow (Tarrow, 2011) realiza um breve apanhado das teorias sobre os movimentos sociais, partindo, respectivamente, daquelas que inicialmente deram maior ênfase aos aspectos estruturais e à análise de comportamentos coletivos, passando por aquelas que, em seguida, se propuseram a investigar a mobilização de recursos e a escolha racional dos indivíduos a fim de entender o processo de adesão à ação coletiva até, finalmente, chegar àquelas de viés culturalista e

[6] A edição consultada de "*Power in Movement. Social Movements and Contentious Politics – updated and revised 3rd Edition*" encontra-se em versão eletrônica (*e-book*), sem indicação de paginação do livro. Portanto, todas as referências doravante utilizadas se referem à localização eletrônica do trecho do qual foram extraídas.

construtivista que ganharam impulso a partir dos anos 70 do século passado e colocaram em evidência o papel dos movimentos sociais no processo coletivo pelos quais os indivíduos constroem identidades e constroem sua participação na ação coletiva, chamando a atenção para a contribuição, neste campo, dos trabalhos de Erwin Goffman (com o conceito de "*framing*"), Bert Klanderman (com a ideia de "*consensus mobilization*"), William Gamson (com a noção de "*ideological packages*") e a contribuição decisiva de David Snow.

Os esforços de Tarrow direcionam-se à busca de um modelo teórico que seja capaz de reconhecer o papel dos processos políticos e a influência das estruturas sem, contudo, ignorar a relação dinâmica e de mútua implicação que o arcabouço estrutural estabelece com a cultura e os processos sociais. Filiando-se a um modelo que põe ênfase na análise dos processos políticos (cuja obra seminal é "*From Mobilization to Revolution*", de Charles Tilly), Tarrow sustenta que "*as pessoas se engajam na ação política contenciosa quando os padrões de oportunidades e restrições políticas passam por mudanças, e então, estrategicamente empregando repertórios de ação coletiva, são criadas novas oportunidades usadas para ampliar os ciclos de contenção*" (Tarrow, 2011:1041)[7].

Portanto, a ação política contenciosa se desenvolve quando ameaças e oportunidades são experimentadas e efetivamente *percebidas* como tais, ação esta que se traduz em movimento social quando ocorre uma interação sustentada e contínua com autoridades, elites ou oponentes e para a qual são fundamentais a existência de repertórios de ação, de identidades e solidariedade construídas a partir de "*cultural frames*" e de redes sociais (Tarrow, 2011:1141). Estão presentes nesta definição as principais categorias que serão trabalhadas no entendimento da dinâmica dos movimentos sociais, interessando-nos examinar mais de perto as de "*repertórios de ação*" e de "*estruturas de oportunidades políticas*".

Repertórios são, segundo Tarrow, culturalmente inscritos e socialmente comunicados (Tarrow, 2011:1050). As formas modernas de confronto político envolvem a demonstração pública de uma demanda, dirigida tanto para os objetos desta demanda quanto para os detentores do poder ou terceiros relevantes no jogo político, de forma que, segundo Tarrow, há um inegável caráter representativo neste modo de atuar (idem, 2011:2710). Os repertórios de confronto oferecem basicamente três tipos de ação coletiva: distúrbios, violência e comportamentos contidos (normalmente tolerados e algumas vezes facilitados).

Como observa Tarrow, as performances que envolvem violência têm geralmente um elemento simbólico envolvido (Tarrow, 2011:2758), não obstante formas de protesto originalmente proibidas possam se tornar convencionais e toleradas, como as paralisações, por exemplo (idem, 2011:3000). Seja como for, as demonstrações públicas de uma demanda são a forma clássica e modular de

[7] Traduzi livremente, o mesmo valendo para todas as passagens de "*Power in Movement. Social Movements and Contentious Politics*"(Tarrow, 2011) doravante transcritas entre aspas.

performance das ações coletivas (ibidem, 2011:3036), tornando-se uma forma de protesto aceita como normal e em larga medida protegida e garantida em Estados constitucionais (2011: 3041).

Neste cenário, os movimentos sociais mantêm apoio e crescem porque se valem, na maior parte do tempo, de um repertório modular que é bastante conhecido, está disponível e é culturalmente acessível, mas, como observa Tarrow, eles também são capazes de *"inovar a partir deste "script" básico, como os músicos de jazz improvisam a partir de uma melodia base* (Tarrow, 2011:3165)." Exatamente por se tratar de um fenômeno essencialmente dinâmico, os repertórios podem passar por quatro tipos de transformação: i. institucionalização de formas inicialmente disruptivas; ii. inovação a partir de formas herdadas; iii. interação tática com as autoridades e outros atores políticos e iv.) mudanças paradigmáticas (idem, 2011:3090).

Categoria essencial para a compreensão do processo de construção de repertórios, a noção de *"framing"* foi inicialmente introduzida, com um viés individual, por Erwin Goffman. Coube a David Snow a contribuição decisiva no sentido de compreender o processo coletivo de construção de identidades, para o qual os movimentos sociais concorrem de maneira fundamental. Os processos de "*framing"* podem ser entendidos como processos de generalização, construção de significados e de identidades estruturadas a partir das perspectivas de "nós" e "eles" (Tarrow, 2011:1100). Trata-se, enfim, da construção de um esquema interpretativo que, em alguma medida, simplifica e condensa o "mundo lá fora", pontuando e codificando objetos (idem, 2011:3812).

Também em relação à produção de "*framings"* é possível vislumbrar a irrupção do confronto político, aqui traduzida na disputa em torno da construção dos significados nos quais os movimentos estão engajados (Tarrow, 2011:1114). Em rigor, os processos de *"framing"* são conduzidos não só pelos movimentos sociais, mas também pela mídia, por outras fontes de informação e pelo Estado. Assim, para além do seu papel na definição de *como* os movimentos sociais são estrategicamente formados, os processos de *"framing"* alcançam um mais largo conjunto de esquemas interpretativos construídos a partir de entendimentos herdados e que se colocam em constante disputa na arena pública entre os movimentos e seus oponentes (idem, 2011:3850). Cabe destacar o papel fundamental que Tarrow atribui ao que chama de *"injustice framings"* (2011:3865), os quais inscrevem as demandas em termos de identificação de uma injustiça a ser removida, apontando seus responsáveis e propondo soluções, tarefas para as quais não se pode dispensar a mediação do direito e, sobretudo, da Constituição. Na mesma linha, Tarrow destaca o que chama de *"rights framings"* (ibidem, 2011:3879), que teve papel dominante no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos da América e cujo primeiro terreno de disputa foram as Cortes dos tribunais.

No âmbito desta abordagem que estamos examinando, outra categoria de peso é a de "*estrutura de oportunidades políticas*", a qual será fundamental para o encaixe das hipóteses formuladas na parte final deste ensaio. De acordo com esta

abordagem, oportunidades potenciais só se convertem em *oportunidades de fato* quando *percebidas* como tal, o que vale dizer que elas não dependem *apenas* da existência de estruturas objetivas (Tarrow, 2011:624 e 4282). Tarrow as define como "*a probabilidade (percebida) de que as ações de protesto terão sucesso em alcançar um determinado resultado desejado*" (idem, 2011:4223).

Estas oportunidades, segundo Tarrow, se tornam mais salientes em *ambientes de mudança ou transformação* de um regime, assim entendidas como aquelas situações em que: a) surgem oportunidades de acesso para novos atores na arena política, b) quando há redução do poder dos membros de um regime, c) quando há disponibilidade de aliados influentes ou (d) quando a balança de poder entre estes atores sofre oscilações (ibidem, 2011:4231). Voltaremos a estas condições quando da formulação das hipóteses na parte final do presente trabalho.

No que diz respeito ao aumento de oportunidades de acesso a novos atores, Tarrow observa, com apoio em Peter Eisinger, que a relação entre protestos e oportunidades não é linear, mas curvilínea, de maneira que nem o acesso pleno nem a restrição absoluta podem produzir graus mais elevados de protesto. Isto é, em sistemas muito fechados a contenciosidade fica restringida pelo medo e pela repressão, ao passo em que nos sistemas plenamente abertos os protestos tendem a ser absorvidos por canais institucionalizados.

Em abordagem tão influente quanto a de Sidney Tarrow, e desenvolvendo mais profundamente a questão da relação entre as oportunidades políticas e os repertórios de que se valem os movimentos sociais, Charles Tilly se propõe a investigar como a variação de regimes políticos afeta as formas e características da ação coletiva contenciosa. Tilly argumenta que Aristóteles já observara que diferentes tipos de regime têm suas formas características e típicas de contenciosidade política, da mesma forma que a mudança de regime também pode largamente vir como decorrência da luta política, combinando, muito antes de tais rótulos serem criados, perspectivas diferentes que contemporaneamente são identificadas com as visões racionalistas e estruturalistas (Tilly, 2006:10).

Tilly propõe um mapeamento bidimensional dos regimes políticos levando em conta os seguintes eixos: capacidade governamental e grau de democracia (Tilly, 2006:16). Assim, um regime compõe-se de repetidas e fortes interações entre atores políticos relevantes, aí incluído um governo. Quando estas interações são estáveis entre dois atores, fala-se que há uma relação entre eles, de maneira que um regime pode ser descrito, enfim, em termos de prevalência de determinadas relações entre atores políticos relevantes, aí incluído um governo (idem, 2006:19).

A "*capacidade governamental*" é definida por Tilly em termos do grau de qualidade ou eficiência com que as ações de um governo afetam a distribuição da população, das atividades e de recursos dentro de sua esfera de autoridade (Tilly, 2006:21). No plano da capacidade governamental, os recursos políticos de que dispõe um governo são o capital, a coerção e comprometimento. Já o grau de democracia é definido com referência à amplitude e igualdade de direitos que

as pessoas submetidas à autoridade de um governo têm de influenciar as suas decisões.

Charles Tilly compartilha com Tarrow a visão de que os repertórios são aprendidos, culturalmente inscritos e transmitidos, enfatizando ainda o seu viés histórico ao sustentar que eles são moldados a partir das experiências anteriores. Não obstante sua forte inscrição cultural, os repertórios também respondem fortemente às mudanças estruturais de um regime. Os repertórios são, segundo Tilly, basicamente portadores de três tipos de demanda: reconhecimento de uma identidade; reconhecimento de uma posição relevante dentro do regime ou implementação de um determinado programa ou uma determinada política (Tilly, 2006:31).

Conjugando as relações entre regimes políticos e repertórios de confronto, três dos principais argumentos defendidos por Tilly são: i. o de que a localização de um regime no espaço bidimensional acima delineado (sem desprezar a própria história pretérita deste mesmo regime) afeta fortemente sua capacidade de controlar ou de gerar ações políticas coletivas e contenciosas; ii. as mudanças na estrutura de oportunidades políticas, em termos muito próximos dos utilizados por Tarrow, afetam o nível e o tipo das demandas políticas coletivas e contenciosas dentro do regime e iii. tanto as mudanças internas no âmbito das ações políticas contenciosas quanto as mudanças externas no âmbito dos próprios regimes acabam criando e/ou moldando os repertórios que prevalecem em qualquer tempo e lugar específico (Tilly, 2006: 22, 211/212).

A partir disto, utilizando o seu mapeamento bidimensional de regimes políticos, Tilly conclui que regimes nos quais há baixa capacidade governamental e pouca ou nenhuma democracia tendem a gerar uma situação de "tirania fragmentada", com vários grupos disputando o poder de forma violenta; já os regimes dotados de alta capacidade governamental associada a poucos recursos democráticos inserem-se em uma "zona de autoritarismo" onde a violência e a repressão estão concentradas em mãos do Estado; por fim, regimes em que há uma alta capacidade governamental associada a níveis razoavelmente altos de democracia inserem-se em uma "zona de cidadania", onde a ação política contestatória fluirá mais facilmente, não obstante, nestes últimos regimes, isto tende a ocorrer com mais frequência por meios *prescritos*, *facilitados* ou *tolerados* (Tilly, 2006:76).

Assim, seguindo o mapeamento proposto por Tilly, à medida em que se elevam a capacidade governamental e a extensão dos direitos democráticos o repertório das ações políticas contestatórias tende a concentrar-se em reuniões, associações, panfletagem, marchas, passeatas, comunicação eletrônica e petições, de tal maneira que, como um todo, a contenciosidade nestes regimes tende a expressar-se por meios não violentos de veicular demandas baseadas no reconhecimento de identidades ou posições políticas e implementação de programas (Tilly, 2006:72).

3. Conclusões

É chegado o momento de explorar alguns intercâmbios entre os saberes produzidos nos estudos da interpretação constitucional e na teorização dos movimentos sociais, pois é através deste encontro que poderemos testar algumas das hipóteses anteriormente enunciadas. Há um importante paralelo a ser desde logo explorado. Os estudos de hermenêutica constitucional antes examinados assumem como ponto chave a constatação de que a Constituição, por sua natureza, é um documento jurídico-político cuja compreensão põe em xeque a radical separação entre a normatividade e a realidade sócio-política e cultural. Como visto, mostra-se fundamental a noção de "*mutação constitucional*" (*Verfassungswandlung*) para compreender as interações dinâmicas entre as realidades política e social e a pretensão normativa do texto da Constituição.

Esta é uma interação profundamente marcada pela contingência (e paradoxalmente também pelo acúmulo histórico), pela empiria e pela conflituosidade, sendo este processo de mutação uma resultante de múltiplos vetores sociais, políticos e também normativos. Não se deve supor que tal processo de mutação traduza a derrota de qualquer pretensão normativa, visto que os câmbios se dão dentro dos limites ditados pela amplitude semântica do texto e pela preservação de sua coerência enquanto sistema. Seja como for, esta é uma abordagem que reconhece a força do processo essencialmente dinâmico que se estabelece através da tensão entre a estrutura, da qual o texto constitucional faz parte, e a cultura e as lutas sociais, nas quais o mesmo texto se integra e encontra expressão viva.

Ora, tornando ao paralelo de que tratávamos, a abordagem proposta por Charles Tilly e Sidney Tarrow traz, à sua maneira, um viés explicativo muito semelhante. A grande virtude desta abordagem está em encontrar o equilíbrio entre o paradigma explicativo que, no albor da teorização sobre os movimentos sociais, colocava excessiva ênfase nos aspectos estruturais, e o viés acentuadamente culturalista e construtivista que, a partir dos anos 70, obscureceu em parte o papel que os processos políticos e as estruturas têm na modulação de repertórios e na eclosão de ciclos de protesto. Trata-se, portanto, de uma abordagem que retoma e revitaliza a tensão e a dinâmica entre estrutura, cultura e resistência e que, de outra forma, também está de certa maneira presente no método concretista de interpretação da Constituição. Com estes registros, podemos passar, objetivamente, às hipóteses que podem ser formuladas a partir do encontro de tais saberes, não sem antes esclarecer que, a título ilustrativo, faremos referência pontualmente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante referida como CR/88), parecendo-nos, todavia, que tais hipóteses são razoavelmente aplicáveis a qualquer sistema que adote uma Constituição de modelagem aberta.

Vamos às hipóteses, adiante apresentadas nos subitens 3.1, 3.2 e 3.3.

3.1. A Práxis Constitucional Guarda Relação com a Noção de "Estrutura de Oportunidades Políticas"

Como observado por Tarrow, a existência objetiva de oportunidades políticas não basta se tais oportunidades não forem percebidas como tais pelos agentes que promovem a ação política contenciosa. A afirmação vale inteiramente para a percepção que os movimentos sociais podem ter ou não da Constituição como instrumento fundamental no balanço e distribuição das forças políticas em um Estado. Assim sendo, em Estados nos quais a práxis Constitucional inscreve na cultura a percepção da Constituição como um documento poderoso e aberto à apropriação pela comunidade de intérpretes, pode-se criar uma oportunidade política para a ação coletiva contestatória. Ora, em sendo a Constituição o documento que organiza a distribuição do poder estatal e enuncia os direitos e garantias fundamentais, ali estão elementos que, se trabalhados no âmbito de uma mobilização coletiva, podem ser percebidos como fator relevante na abertura de oportunidades estruturais para a ação.

Tomem-se como exemplo as condições que, para Tarrow, sinalizam aberturas estruturais de oportunidade política. São elas: a) oportunidades de acesso para novos atores na arena política; b) redução do poder dos membros de um regime; c) disponibilidade de aliados influentes ou d) a existência de oscilações na balança de poder entre os atores políticos (Tarrow, 2011:4231). Os elementos referidos por Tarrow podem ser ativados a partir de uma determinada apropriação da Constituição. Começando pela criação de oportunidades de acesso a novos atores na arena política, veja-se, por exemplo, que o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CR/88), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CR/88), o amplo direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", CR/88) e a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CR/88) são apenas alguns dentre inúmeros exemplos de aberturas estruturais à ação política contestatória e contenciosa.

Para além das oportunidades acima enumeradas – todas marcadas por um acentuado viés institucional – há inúmeras outras que abrem oportunidade de acesso a novos atores e possibilidade de ações políticas contestatórias *fora* do campo institucional, de maneira que princípios como o de que *a propriedade privada deve cumprir sua função social* (art. 5º, XXIII, CR/88) ou o que assegura *acesso universal e igualitário à saúde* (art.196, CR/88) podem ser percebidos pelos movimentos sociais como chaves relevantes para a abertura estrutural à contestação política, sendo incorporados na construção dos repertórios de ação, respectivamente e a título de exemplo, do movimento dos trabalhadores sem terra (MST) ou de inúmeros movimentos sociais na área da saúde.

É importante notar que, quando percebidas como oportunidade, as enunciações de direitos sociais contidas na Constituição deixam de ser mera enunciação, tornando-se instrumento da luta política e podendo ser objeto de concretização (aí incluída a definição de seu campo semântico) dentro ou *fora* dos meios institucionais, de maneira que, por exemplo, em uma ocupação de terras pelo MST frequentemente há, implícita ou explicitamente, o tensionamento ou a

incorporação de uma determinada interpretação acerca do conteúdo, do alcance e do significado do princípio da função social da propriedade. Tome-se ainda outro exemplo, na área de saúde, na luta dos movimentos sociais envolvidos na implementação da política antimanicomial. Neste caso específico, a mobilização de conceitos como justiça social, democracia e a centralidade do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CR/88), assim como a absorção de uma perspectiva político-jurídica como uma das dimensões desta luta (Lüchmann e Rodrigues, 2007), passam necessariamente pela percepção de oportunidades estruturais que se revelam a partir de uma certa apropriação do texto e dos princípios constitucionais.

Além disso, ainda utilizando as condições enunciadas por Tarrow, a maneira como é percebida e incorporada a Constituição por seus intérpretes tem relação direta com as oscilações na balança de forças entre os detentores do poder político. Observe-se, a este propósito, que o realinhamento e redefinição do jogo de forças entre os poderes após a Constituição de 1988 teve relação direta com a percepção, pela sociedade civil, do Poder Judiciário como uma arena de luta e de conquista de direitos para cuja implementação, até então, se dependia dos outros poderes (Werneck Vianna e Burgos, 2002).

Um último exemplo, ainda nos valendo das condições alinhavadas por Tarrow, diz respeito à disponibilidade de aliados influentes. No caso específico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 introduziu, sem paralelo com outros modelos em direito comparado, o Ministério Público como Instituição dotada de uma vasta gama de prerrogativas com vistas à defesa (inúmeras vezes contra o próprio Estado) de interesses sociais relevantes (art. 127, CR/88). Ora, a tão só criação de uma Instituição com este perfil e com poderes tão extensos (art. 129, CR/88) já representa, para ficarmos com o aspecto anteriormente examinado, uma redefinição do jogo de forças entre os detentores do poder instituído, o que já é percebido como oportunidade política para a ação contestatória e contenciosa. Além disso, o Ministério Público, tal como delineado na Constituição, pode ser percebido também como aliado para a ação contestatória, como de fato o foi, conforme comprovam o expressivo crescimento do número de representações vindas de diversos setores da sociedade provocando a sua atuação e o incremento, em decorrência disso, do número de ações civis públicas ajuizadas em face do próprio Estado (Werneck Vianna e Burgos, 2002).

3.2. A Apropriação da Constituição pelos Movimentos Sociais Atua como Ferramenta nos Processos de "*Framing*" e Construção de Identidades

Seguindo a linha de Alberto Melucci, expressamente encampada por Tarrow (2011:3816), ao assumirmos uma visão não essencialista das identidades, reconhecendo-as como um conjunto de mecanismos de definição de espaços e fronteiras a ser construído no cerne da própria ação coletiva, podemos vislumbrar também aqui a possibilidade de apropriação da Constituição como documento que, em sendo portador de elevada carga axiológica e de normas de textura aberta, venha a integrar um discurso voltado à construção de laços de solidariedade e identidade.

A este propósito, veja-se, por exemplo, como um texto constitucional que estabelece a "*erradicação da pobreza e da marginalização*" ou a "*redução de desigualdades sociais e regionais*" como "*objetivos fundamentais da República*" (art. 3º da CR/88) acaba por carregar consigo um potencial de incorporação em discursos de construção de laços de identidade e solidariedade nos moldes em que propostos por Melucci e Tarrow. É lógico, no exemplo dado, que as noções de "marginalizados", "excluídos", assim como a de classes ou regiões geográficas particularmente penalizadas não estão abstratamente predeterminadas e hão de ser construídas, mas para isso a apropriação da Constituição por seus intérpretes certamente fará parte do processo.

Nessa linha, pense-se agora nos processos de "*framing*", em seu sentido mais amplo, como um mais largo conjunto de esquemas interpretativos construídos a partir de entendimentos herdados e que se colocam em constante disputa na arena pública entre os movimentos e seus oponentes (Tarrow, 2011:3850). Ora, também aqui a maneira como a Constituição é incorporada por seus intérpretes pode ter papel relevante. Aliás, se os processos de "*framing*" envolvem a disputa em torno da construção dos significados nos quais os movimentos estão engajados (Tarrow, 2011:1114), o que a "Constituição aberta" está a convocar é justamente que suas normas também sejam parte desta disputa pela construção de significados, processos estes que, como observado antes, são conduzidos não só pelos movimentos sociais, mas também pela mídia, por outras fontes de informação e pelo próprio Estado. Não se perca de vista, a este propósito, o papel relevante que, como anotado por Tarrow, têm os *"injustice framings"* e os *"rights framings"* (Tarrow, 2011: 3865, 3879), cujas definições lançamos na seção anterior e que, naturalmente, evocam a mediação de uma determinada interpretação da Constituição na construção de seus objetos.

Voltando ao exemplo dado no item anterior, a construção de demandas pelo MST, por exemplo, não pode prescindir, simultaneamente, de um determinado *"injustice framing"* em relação à propriedade fundiária improdutiva e de um determinado *"rights framings"* em relação ao acesso à terra e o direito ao trabalho, sendo certo, todavia, que a construção de ambos os "*framings*" tem como parte essencial a produção de uma certa interpretação sobre a Constituição. A questão específica do acesso à terra, aliás, ilustra bem a disputa em torno da construção de significados com a qual se relacionam os processos de *"framing"*, dela participando não só o MST, mas também a mídia e o próprio Estado. Quase todas as intervenções com relação a esta questão, vale observar, evocam a mediação direta ou indireta de compreensões (frequentemente opostas e conflituosas) da Constituição, sejam as que, contra as ocupações, mobilizam a Constituição pregando pela manutenção da "ordem" e da "paz social", sejam as que, defendendo-as, as veem como corolário da implementação efetiva do princípio da função social da propriedade. Seja como for, somente a luta política poderá aclarar conteúdos e significados que, de outra forma, permaneceriam sempre como enunciados mortos à espera de que algum agente político onisciente os "revele".

3.3. Um Sistema Democrático de Constituição Aberta Tende a Favorecer Repertórios Contidos, em Detrimento de Repertórios Diruptivos e/ou Violentos. A Questão da Absorção de Demandas "por Dentro da Ordem" e os Temas da Ruptura e da Mobilização

Seguindo as pistas traçadas por Charles Tilly, há indubitavelmente uma relação dinâmica entre o regime político e os repertórios de protesto, o que se traduz em uma relação de implicação mútua no âmbito da qual a capacidade governamental e o nível de democracia de um dado regime acabam influenciando a natureza dos repertórios de contenciosidade política, embora se reconheça que, no médio e longo prazo, os protestos também podem produzir alterações em um regime (Tilly, 2006).

Como observado por Tilly (2006), em ponto de vista compartilhado por Tarrow (2011), há uma relação não linear entre a permeabilidade de um regime e a natureza ou intensidade dos protestos, de tal maneira que, ao mesmo tempo em que regimes extremamente fechados e autocráticos tendem a reprimir o protesto pelo medo e pela repressão, regimes extremamente permeáveis e abertos tendem a absorver institucionalmente o que de outra forma eclodiria como protesto.

Aprofundando esta relação dinâmica entre regimes e repertórios de protesto, o modelo proposto por Tilly oferece uma boa entrada no tema aqui tratado. Sem desprezar o peso da história pretérita do regime e de suas relações com os grupos de protesto e a contestação política, Tilly propõe um mapeamento bidimensional dos regimes que leva em conta, como visto acima, a capacidade governamental e a sua permeabilidade democrática (Tilly, 2006).

Entendida em termos de eficiência e qualidade na mobilização de capital, utilização de meios de coerção ou de obtenção de comprometimento (Tilly, 2006), a capacidade governamental em um regime de "Constituição aberta" pode (sem ignorar a influência de inúmeros outros fatores econômicos, políticos e sociais) ser modulada em termos de uma tendencialmente *menor* capacidade de coerção e uma tendencialmente *maior* capacidade de obtenção de comprometimento.

Isto se explica porque é normalmente inerente a um sistema de Constituição aberta a existência de mecanismos eficazes de freios e contrapesos ("*checks and balances*"), o que modera o uso da coerção. Além disso, em um sistema desta natureza, a utilização, pelas autoridades, do ordenamento jurídico como sustentáculo de decisões unilaterais coercitivas é teoricamente mais difícil – ainda que possível e talvez mais frequente do que possamos supor, conforme sustenta Giorgio Agamben (2004) –, já que em um regime com estas características o uso da força é, em princípio, mediado por uma interpretação publicamente "negociada" acerca dos significados e limites das normas que regulam o emprego da violência pelo Estado.

De outro lado, é também da abertura do ordenamento jurídico que surgem oportunidades de obtenção de compromissos em torno da efetivação, por exemplo,

de determinados programas constitucionais, razão pela qual, como compensação à menor possibilidade de uso unilateral da força, tal sistema tende a gerar maiores níveis de comprometimento. É evidente que sem considerar as características particulares de cada regime, torna-se impossível definir o grau de capacidade governamental tão somente a partir do que vimos acima. O que se sustenta, porém, é que um regime que adote uma Constituição de modelagem aberta tenderá a lidar com as influências acima descritas.

No plano da permeabilidade democrática, Estados com as características aqui examinadas tendem a maximizar, para usar os termos de Tilly, a "amplitude e igualdade de direitos que as pessoas submetidas à autoridade de um governo têm de influenciar as suas decisões". Aplicando o mapeamento proposto por Tilly ao caso concreto brasileiro, temos um Estado dotado de alta capacidade governamental (esta principalmente lastreada na capacidade de mobilizar recursos e obter comprometimento[8]) e alta permeabilidade democrática.

Daí resulta que, em princípio, em um regime desta natureza, a veiculação de demandas de reconhecimento de uma identidade, reconhecimento de uma posição relevante dentro do regime ou de implementação de um determinado programa ou uma determinada política, tenderão a ser veiculadas com mais frequência por meios *prescritos*, *facilitados* ou *tolerados* (Tilly, 2006: 31, 76). De fato, ainda de acordo com as observações de Tilly, nestes regimes o repertório das ações políticas contestatórias tende a concentrar-se em reuniões, associações, panfletagem, marchas, passeatas, comunicação eletrônica e petições, de tal maneira que, como um todo, a contenciosidade tende a expressar-se por meios não violentos.

Esta característica põe em evidência os temas da ruptura e da resistência, tradicionalmente presentes na agenda dos movimentos sociais e importantes instrumentos de mobilização. De fato, a elasticidade de um texto constitucional aberto e a possibilidade de disputar seu significado com frequência até mesmo em arenas institucionais pode obscurecer o viés, presente na história dos movimentos sociais, de ruptura e de disputa por padrões culturais como expressão de resistência.

Todavia, em que pese a tendência de predominância de meios de protesto não diruptivos e não violentos, gostaríamos de insistir em que – se bem compreendida a interpretação da Constituição pela comunidade aberta de intérpretes como um processo inerentemente conflituoso, cultural e plural – sempre permanecerão estrategicamente na agenda dos movimentos sociais as arenas não institucionais e os meios não contidos de protesto como lugar e como forma de promover ou de reabrir o debate e a construção dos usos e significados da Constituição.

Em suma, a definição dos usos e sentidos da Constituição sob a perspectiva aqui debatida constitui um processo. Neste processo, há um lugar fundamental

[8] Característica esta muitas vezes lida através da chave interpretativa, com a qual não concordamos inteiramente, que vê uma tradição histórica de cooptação exercida por um Estado organizado em bases estamentais e patrimoniais, cf. Faoro, 2007.

reservado aos movimentos sociais no âmbito da sociedade aberta de intérpretes. Da mesma maneira que não há caminhos ou sentidos predeterminados no processo de concretização da Constituição, também o próprio modo como os movimentos sociais se apropriarão deste valioso instrumento e as consequências que isto terá na construção de seus repertórios, a despeito das direções aqui apontadas especulativamente, há de ser definido no curso do caminho. Aliás, se este caminho promete algo novo e valioso, isto tem algo a ver com o fato de ele não estar previamente delineado por seres oniscientes.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. (2004). *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo.

BRINGEL, Breno; ECHART, Enara. (2008). Movimentos Sociais e Democracia: os dois lados das "fronteiras". *Caderno CRH,* v. 21, n. 54, p. 457-475.

HÄBERLE, Peter. (1998). Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975), mit Nachtrag (1978). In*: Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft.* 3. *Auflage.* Berlim: Duncker e Humblot.

HESSE, Konrad. (1991). *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

LASSALE, Ferdinand (2010). *A Essência da Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LÜCHMANN, Ligia H. H.; RODRIGUES, Jeferson. (2007). O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva,* 12(2), p. 399-407.

MC ADAM, Doug; TARROW, Sidney e TILLY, Charles. (2009). Para mapear o confronto político. *Lua Nova,* v. 76, p. 11-48.

TARROW, Sidney. (2011). *Power in Movement – Social Movements and Contentious Politics. Revised and Updated* 3rd Edition. Cambridge: Cambridge Universitiy Press. Edição eletrônica (e-book)

TILLY, Charles. (2006). *Regimes and Repertoires*. Chicago: The University of Chicago Press.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. (2002). Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In*:* WERNECK VIANNA, L. (Coord.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

Eficácia do Novo CPC antes do Término do Período de Vacância da Lei[1]

Fredie Didier Jr.*

Sumário

1. Generalidades. 2. Proposta. 2.1. Normas Jurídicas Novas. 2.2. Pseudonovidades Normativas. 2.3. Normas Simbólicas. 3. Arremate.

Resumo

Este ensaio tem por objetivo defender a possibilidade de atribuição de efeitos às normas decorrentes do novo CPC, mesmo no período da *vacatio legis*.

Abstract

This paper defends the effectiveness of the rules of the new Code of Civil Procedure, even within the period of its vacatio legis.

Palavras-chave

Novo Código de Processo Civil. Direito transitório. *Vacatio legis*. Eficácia das normas jurídicas.

Keywords

New Code of Civil Procedure. Transitional Law. Legal Rules. Effectiveness of legal rules.

1. Generalidades

O novo CPC está em vias de ser aprovado. Projeta-se um ano como prazo de *vacatio legis* (art. 1.058)[2].

É elementar a lição de que uma lei não produz efeitos no período da *vacatio*

* Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

[1] Publicado na *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2014, n. 236.

[2] As referências levam em consideração a numeração da versão aprovada pela Câmara dos Deputados, em 25.03.2014.

legis; por não está em vigor, de seu texto não é possível extrair consequências normativas.

O Código de Processo Civil é uma lei federal. O raciocínio deveria ser semelhante: somente após a *vacatio* de um ano, o CPC poderia surtir efeito.

Mas talvez a edição de um texto normativo novo – sobretudo de um novo Código, com mais de três mil enunciados dispositivos (artigos, incisos, parágrafos, alíneas) – não seja algo totalmente anódino durante o período da *vacatio*.

Para demonstrar essa hipótese, é preciso firmar uma premissa: texto normativo não se confunde com a norma jurídica. Lei não é norma jurídica; lei é fonte de norma jurídica.

Riccardo Guastini acentua a diferença entre texto e norma. Norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica "a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo."[3] O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado "T significa S", em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.[4] Seguindo essa linha, Humberto Ávila também afirma: "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos."[5] Na verdade, trata-se de uma reconstrução de sentido, do conteúdo semântico inicial inerente ao texto, já que "há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem"[6]. Ávila chama de "núcleos de sentido" os significados mínimos incorporados ao texto pelo uso linguístico e pela comunidade do discurso. A norma seria, assim, uma construção a partir de algo; logo, seria uma reconstrução.[7]

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

O novo CPC é texto normativo, de cuja interpretação inúmeras normas jurídicas decorrerão. Essas normas jurídicas somente poderão ser aplicadas após o período de vacância. Três perguntas vêm à mente, porém: a) será que os novos textos normativos do CPC-2014 produzem apenas normas jurídicas novas?; b) textos normativos novos ainda não vigentes produzem algum impacto na argumentação jurídica? e c) há normas jurídicas novas que podem produzir efeitos mesmo no período da *vacatio*?

Para responder a essas perguntas, é preciso esboçar uma tipologia das normas jurídicas que podem surgir do novo CPC.

---

[3] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.
[4] GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.
[5] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.
[6] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos, cit., p. 32.
[7] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos, cit., p. 33.

2. Proposta

Apenas como forma de facilitar a resposta às três perguntas formuladas, é possível classificar as normas jurídicas provenientes do novo CPC em três grandes grupos: *a) normas jurídicas novas*; *b) pseudonovidades normativas*; *c) normas de caráter simbólico*.

A classificação não tem pretensão de exaustividade, mas serve, ao menos por ora, para dar início à discussão.

2.1. Normas Jurídicas Novas

O novo CPC será fonte de inúmeras normas jurídicas novas – não fosse assim, não haveria necessidade de novo CPC. As normas jurídicas novas somente poderão ser aplicadas após a vigência do Código.

É o que acontece, por exemplo, com os novos requisitos da petição inicial (art. 320, II e VII, CPC), que somente podem ser exigidos para demandas ajuizadas após a vigência do novo Código; a irrecorribilidade imediata de algumas interlocutórias (art. 1.022, §§1º e 2º) somente poderá ser considerada para as decisões proferidas após o início da vigência etc.

Essas normas novas são absolutamente ineficazes no período de *vacatio legis*.

Mas há normas jurídicas novas que reforçam tendências doutrinárias e jurisprudenciais que começaram a formar-se ainda sob a vigência do CPC-1973.

É o que acontece, por exemplo, com a cláusula geral de negociação processual (art. 191, CPC), os *pressupostos* para a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 380, §1º, parte inicial) e a normatização da formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais (arts. 520-522, CPC). Em todos esses casos, a doutrina e a jurisprudência já apontavam muitas das soluções que vieram a ser consagradas legislativamente – e esse apontamento visava à solução de problemas jurídicos surgidos *na vigência do CPC-1973*. A consagração legislativa dessas soluções é um dado nada desprezível e serve como importante reforço argumentativo.

Há, ainda, normas novas, que se contrapõem diretamente a entendimentos jurisprudenciais consolidados ao tempo do CPC-1973. Essas normas implicarão, necessariamente, a superação do entendimento jurisprudencial anterior, com o cancelamento de enunciado de súmula, se houver. Nesses casos, o novo regramento servirá, inevitavelmente, para que se busque uma superação do entendimento anterior. É certo que essas normas podem ser revogadas ou tidas por inconstitucionais (hipótese meramente especulativa), no período da *vacatio;* mas é indiscutível que a previsão delas no CPC é um fator de impacto considerável para justificar o *overruling,* mesmo no período da *vacatio legis.* Dois exemplos – inúmeros

outros poderiam ser citados: a) §18 do art. 85 do CPC[8] é frontalmente contrário ao enunciado 453 da súmula do STJ[9]; b) §4º do art. 1.037 do CPC[10] é regra oposta à que decorre do n. 418 da súmula do STJ[11].

Em suma: enunciados normativos novos deste tipo exercem, no período da *vacatio*, uma função persuasiva, como instrumento retórico-argumentativo para convencimento do acerto dogmático de propostas doutrinárias ou decisões judiciais ou para demonstrar a necessidade de superação imediata de entendimento jurisprudencial consolidado.

2.2. Pseudonovidades Normativas.

O CPC contém enunciados normativos, que, embora novos, nada inovam normativamente no direito processual civil brasileiro. São textos normativos novos, mas deles não decorrem normas jurídicas novas. Isso não é uma crítica ao novo Código. Ao contrário. A observação ratifica que o novo CPC está em consonância ao que já se havia consagrado, normativamente, no direito processual civil brasileiro, ainda que à míngua de texto normativo.

Dois exemplos – inúmeros outros poderiam ser citados.

O art. 10 do CPC: "Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício". Desse artigo decorre a regra de proibição da decisão-surpresa. A proibição de decisão-surpresa é corolário do princípio do contraditório amplamente aceito pelo pensamento jurídico brasileiro há muitos anos[12]. Essa norma decorre do texto

[8] § 18 do art. 85 do CPC: "Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança".

[9] Súmula do STJ, n. 453: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria".

[10] § 4º do art. 1.037, CPC: "Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação".

[11] Súmula do STJ, n. 418: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

[12] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; DIDIER Jr., Fredie. "Princípio do contraditório: aspectos práticos". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 24, p. 76-77; CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno:* contraditório, influência e validade *prima facie* dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.103-171, 207-234 e 239-243; CABRAL, Antonio do. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito". *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. revista, ampliada, alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil:* uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61; BARREIROS, Lorena

constitucional; o texto do novo CPC apenas ratifica o que já se entendia. Mesmo se o novo CPC silenciasse a respeito do tema, ainda assim o princípio do contraditório, de fundo constitucional, tornaria nula a decisão-surpresa.

O trecho final do §1º do art. 380 determina que o juiz, ao redistribuir o ônus da prova, garanta à parte, a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir dele. Esse trecho também concretiza o princípio do contraditório. Sucede que essa providência já é exigida atualmente, *a despeito da ausência de texto normativo*, exatamente como concretização do princípio do contraditório[13]. Também aqui não há norma nova.

A percepção de que o CPC traz algumas pseudonovidades é muito importante, ainda, por outro motivo.

Há o risco de que, no período de *vacatio*, alguém considere que essas pseudonovidades sejam realmente novidades; assim, decida somente aplicá-las a partir da vigência do novo Código, o que funcionaria, em razão dessa interpretação canhestra, como fonte normativa do retrocesso. O perigo existe e é inadmissível que esse pensamento se concretize.

Esses enunciados normativos novos *reforçam, ratificam, confirmam, corroboram* etc. a compreensão atual do direito processual civil brasileiro, construída *antes* da vigência do novo CPC. Podem, por isso, ser utilizados *imediatamente* como reforço de argumentação.

2.3. Normas Simbólicas

O novo CPC traz alguns enunciados que podem ser considerados como manifestação de legislação simbólica.

Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 198-199; CAVANI, Renzo. "Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80; MALLET, Estevão. "Notas sobre o problema da chamada 'decisão-surpresa'". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 43-63.

[13] STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012. No mesmo sentido, enunciado 91 da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença". Na doutrina, no mesmo sentido, há muitos anos, GIDI, Antônio. "Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2007, p. 06, 07, 13 e 14; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 418 segs.; CARPES, Artur Thompsen. "Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório". In: *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40 segs.; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova*: No Direito Processual Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 217-218; MENDES Jr., Manoel de Souza. "O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004, p. 89; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 83-86.

No Brasil, o conceito de legislação simbólica foi desenvolvido por Marcelo Neves. Para ele, considera-se legislação simbólica a "produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico"[14]. Na legislação simbólica, o sentido político prepondera sobre o sentido normativo-jurídico do texto legislado. Um mesmo texto normativo pode ser lido em uma dimensão simbólica e em uma dimensão normativo-jurídica.

Umas das espécies mais comuns de legislação simbólica é a *legislação-álibi,* que é aquela por meio da qual o legislador "procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos" [15]. A legislação-álibi serve para, dentre outras coisas, amortecer as reivindicações dos cidadãos, permitindo o surgimento de um clima de que "agora, vai!". [16]

Dois exemplos – alguns outros poderiam ser citados.

O art. 3º, §2º: "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Trata-se de enunciado que consagra, legislativamente, uma política pública: a solução consensual dos conflitos passa a ser uma meta a ser realizada. O dispositivo ratifica a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que já havia determinado a implantação dessa política pública. Agora, há a consagração legal dessa opção, que está em consonância com movimento mundial de estímulo à solução negociada, considerada o mais efetivo entre todos os métodos de resolução de conflitos.

O art. 1.083 é outro exemplo: "O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código". Esse dispositivo veio atender a velho reclamo da ciência jurídica brasileira[17] e da sociedade civil[18]: a existência de uma base confiável e permanente de dados estatísticos para a aferição da qualidade da nossa legislação processual civil. Além disso, o artigo é uma forma de exposição simbólica do Conselho Nacional de Justiça[19], instituição que se apresenta como responsável pelo bom funcionamento do Poder Judiciário brasileiro e que deve ser merecedora da confiança pública dos cidadãos. O sentido político desse enunciado prepondera claramente sobre o seu sentido normativo, que, embora rarefeito, existe[20].

---

[14] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 30.
[15] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 3ª ed., cit., p. 37.
[16] "(...) é evidente que a legislação-álibi pode induzir 'um sentimento de bem-estar', com isso levar à 'resolução de tensão' e, portanto, servir à 'lealdade das massas'". (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 3ª ed., cit., p. 40).
[17] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos". *Temas de Direito Processual (Oitava Série).* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10-12; "As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva". *Temas de Direito Processual (Sexta Série).* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Estatística judiciária". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 9.
[18] Que já se organiza nessa direção, como se vê dos notáveis exemplos do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e da Fundação Getúlio Vargas, com trabalhos importantíssimos de mineração e organização de dados sobre o funcionamento do Judiciário e dos processos.
[19] A exposição simbólica de instituições é uma das utilidades da legislação-álibi (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 3ª ed., cit., p. 38).
[20] É possível cogitar uma ação civil pública para impor ao CNJ a realização das referidas pesquisas.

Essa legislação simbólica é ineficaz no período da *vacatio*?

O Estado esperará o CPC entrar em vigor para continuar implantando a política pública de busca pela solução consensual dos conflitos? O Conselho Nacional de Justiça somente começará a preparar-se para a promoção das pesquisas após o CPC entrar em vigor (é claro que as pesquisas pressupõem a aplicação do novo CPC, mas a preparação para elas, não)? Parece que não. O sentido político desses enunciados, que se sobrepõe ao sentido normativo-jurídico, revela uma escolha política *já feita* – não se trata de uma escolha política condicionada ao início da vigência do CPC. A vigência do novo CPC determinará o início da produção de suas consequências normativas; mas a concretização de escolhas políticas tão claras pode começar imediatamente. Essas normas devem produzir pelo menos o efeito de dar início à mobilização.

3. Arremate

É preciso iniciar o debate sobre a eficácia das normas projetadas e daquelas em período de *vacatio*. Ao menos entre nós, processualistas, a discussão é urgente, tendo em vista o novo CPC. O debate já existe em outros países, sobretudo na Alemanha. Esse ensaio é um esboço para o início dessa conversa, que se espera longa e proveitosa.

A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório[1] na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões

The Application of the Principle of Prohibition of Contradictory Behavior in Superior Court of Justice: Some Reflections

Guilherme Magalhães Martins*
Gustavo Livio Dinigre**

Resumo

A repugnância ao comportamento incoerente e a musicalidade do brocardo latino – *venire contra factum proprium* – tem encantado a comunidade jurídica brasileira. Nas últimas décadas, o princípio da proibição do comportamento contraditório ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência pátrias. Contudo, observa-se que, não raras vezes, o *venire contra factum proprium* é utilizado como arma contra todos os comportamentos incoerentes, não se atentando para a configuração dos seus pressupostos de aplicação. Assim, fundamental se faz uma análise de seus fundamentos e requisitos, a fim de evitar as indesejadas consequências que a superutilização do instituto pode acarretar, tais como: o enrijecimento das relações sociais e a perda da verdadeira essência do instituto, que é a tutela da legítima expectativa fundada na confiança.

Abstract

The repugnance to the incoherent behavior and the musicality of the latin expression venire contra factum proprium *has delighted everyone. In the last decades, the principle of forbiddance the contradictory behavior is gaining prominence in doctrine and jurisprudence*

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ. Doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ.
** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do grupo de pesquisa: O *venire contra factum proprium* na jurisprudência do STJ. Bolsista em projeto de iniciação científica financiado pela FAPERJ.
[1] No presente trabalho, será utilizada a nomenclatura de *venire, venire contra factum proprium, Nemo potest venire contra factum proprium,* teoria dos atos próprios e princípio de proibição do comportamento contraditório como sinônimos.

of Brazil. However, the venire contra factum proprium *has been used as a weapon against all contradictory behaviors, don't noting their specific requirements. Therefore, crucial is to analyses their foundations and requirements, in order to avoid the grievous consequences of the overutilization of the institute could have, such as: the stiffening of social relations, and the lost of the true essence of the institute.*

Palavras-chave

Venire contra factum proprium; comportamento contraditório; superutilização; boa-fé objetiva; abuso de direito.

Keywords

Venire contra factum proprium; contradictory behavior*;* overutilization; objective good faith; abuse of rights.

Introdução: o Problema da Superutilização dos Institutos Jurídicos - um Paralelo com a Boa-fé Objetiva no Direito Romano

A proibição ao comportamento incoerente[2] constitui, pelo seu alto valor retórico, um instituto repleto de sugestividade, nas palavras de Paulo Mota Pinto[3]. Essa característica decorre naturalmente do equivocado estereótipo de que as condutas contraditórias devem ser coibidas a qualquer custo.

Se é verdade que o instituto vem ganhando força nas últimas décadas, é igualmente verídico que os julgados que o utilizam muitas vezes não atentam à verificação de seus pressupostos. Daí a necessidade de aprofundamento no tema, tendo em vista que a aplicação errônea do *venire* pode acarretar o esvaziamento de seu sentido teleológico, tal como ocorreu com a boa-fé objetiva milênios atrás.[4]

A boa-fé tradicionalmente é classificada em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva remonta suas raízes aos primórdios do direito romano[5], e pode ser conceituada como um princípio que zela por aquela conduta objetivamente tida como leal, digna de fidelidade, e pela mútua cooperação, "às quais logo correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade".[6]

---

[2] Inicialmente, cabe assentar a origem canônica do instituto. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas, Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013, p. 8.
[3] PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil, In. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 135.
[4] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense,* vol.351, set. 2000.
[5] PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, outubro/dezembro de 2003, p. 139.
[6] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 231.

Contudo, a época de Justiniano assistiu inerte à queda da boa-fé objetiva. Sua superutilização, principalmente no tocante aos contratos, fez com que seu sentido passasse a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto que as partes sempre agiam com boa-fé na execução de seus contratos. E se sempre agiam com boa-fé, era dispensável verificar sua presença, seus fins e seu verdadeiro sentido.[7]

Nessa conjuntura, a boa-fé objetiva ficou jogada ao ostracismo durante milênios. Seu sentido foi esvaziado, justamente por ser utilizada em demasia.[8] Assim, o direito romano assistiu à decadência da boa-fé objetiva e, em seu lugar, emergiu com força a boa-fé subjetiva, que, segundo Orlando Gomes, "se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo" [9], na crença sobre determinado estado de coisas.

Séculos se passaram, e a boa-fé subjetiva continuou soberana. A ideia de que o pensamento, a vontade do indivíduo em realizar algum ato sobrestava o ato em si continuava forte, e atingiu seu apogeu com o voluntarismo exacerbado do liberalismo econômico e político do pós-revolução francesa.[10]

Coube aos alemães trazer à tona novamente a ideia da conduta objetivamente em si considerada. Em 1850 começaram a surgir decisões no Tribunal de *Lübeck* que revelavam uma respeitável compreensão da boa-fé objetiva.[11]

No Brasil, o Código Civil de 1916, muito influenciado pelo voluntarismo do Código de Napoleão de 1804, deixou de dar o devido tratamento à boa-fé objetiva[12]. Apesar da forte corrente jurisprudencial e doutrinária a favor de sua utilização, somente no Código de 2002 o Brasil passou a contar com dispositivos legais sobre a boa-fé objetiva.

O objetivo não é, entretanto, fazer uma abordagem histórica sobre a boa-fé. Tem-se por mira apenas demonstrar como a banalização de um instituto é perigosa para sua própria sobrevivência. À época do direito romano, a boa-fé objetiva (*bona fides*) era tão utilizada que sua presença passou a ser presumida entre os contratantes, o que acabou provocando seu desuso.

---

[7] "A época de Justiniano, última fase do direito romano, assistiu à decadência do conceito de boa-fé objetiva, com a banalização do instituto, cujo sentido passou a ser meramente formal. Partia-se do pressuposto de que as partes sempre atuavam de boa-fé". NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 163.

[8] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000.

[9] GOMES, Orlando, *Contratos,* 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

[10] "Considerava-se e afirmava-se, de facto (sic), que a justiçada relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses" ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

[11] NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set. 2000, p. 162.

[12] A boa-fé objetiva era então positivada em um único dispositivo do Código Civil de 1916, o artigo 1443, relativo ao contrato de seguro, nos seguintes termos: "o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes".

A superutilização de um instituto pressupõe justamente sua expansão indevida e injustificada. E os dias atuais, norteados pelo neoconstitucionalismo, caminham em uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial na tendência de uma aplicação supérflua e desnecessária da boa-fé objetiva. Principalmente os tribunais vêm utilizando o referido princípio indiscriminadamente como solução para todos os litígios e resposta para todos os anseios.

Embora sua amplitude seja enorme, devido à positivação da cláusula geral[13] da boa-fé objetiva contida no artigo 422 do Código Civil, é preciso soar o alerta sobre os riscos de sua superutilização. Necessário se faz um reexame sobre a extensão de sua atuação, de modo que não se restrinja demais seu campo de aplicação, e nem a utilize em demasia, em casos onde é supérflua sua aplicação.

Igual análise pode ser feita sobre o *nemo potest venire contra factum proprium*, não apenas porque este possui, como principal fundamento, a própria boa-fé objetiva. O instituto em questão encontra grande respaldo na jurisprudência, e a repugnância ao comportamento contraditório vem ganhando tamanha força, que os tribunais superiores o estão utilizando indiscriminadamente, como arma contra qualquer comportamento incoerente.[14]

A banalização do instituto, portanto, possui duas principais consequências: em primeiro lugar, esvazia seu sentido, como já ocorreu no direito romano em relação à boa-fé objetiva. Em segundo, acarreta a diminuição forçada e desnecessária da autonomia privada.

Nem todo comportamento contraditório deve ser coibido. Muito pelo contrário, *a priori,* o comportamento incoerente é permitido, e só será proibido quando preencher os requisitos para a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório.

Tudo muda o tempo todo no mundo, sendo a liberdade de evoluir (e por vezes se contradizer) inerente à ciência e à própria natureza humana, somente devendo ser restringida quando importar em prejuízo à confiança depositada por terceiros, não só no campo reparatório como também nas obrigações de fazer ou não fazer.

O próprio Código Civil vigente prevê algumas regras nas quais se entende que é razoável que o agente venha a se arrepender e tomar uma conduta contraditória à outra assumida por ele anteriormente. A título exemplificativo, confira-se o artigo 791, que assim dispõe sobre os contratos de seguro de vida: "Se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia

[13] Trata-se de técnica legislativa que tem por finalidade justamente ampliar os horizontes de aplicação de um instituto, por meio de linguagens abertas. A aplicação de cláusulas gerais é a principal ferramenta para concretizar o princípio da operabilidade consagrada no Código. Contudo, isso não significa uma atuação indiscriminada desta cláusula. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção:* As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro: Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em: 04 set. 2013.

[14] "O *venire* ficou a dever boa parte de sua carreira à musicalidade de sua forma latina". MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em: 04 set. 2013.

de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade". Neste caso, tem-se por lícita a contradição do segurado, na hipótese de prever um beneficiário em seu contrato de seguro, mas por disposição de última vontade ou ato entre vivos, manifesta o desejo de trocar de beneficiário, frustrando a expectativa do substituído de que nessa condição permaneceria.

Existem diversos outros dispositivos que permitem a contradição[15]. O que se pretende atentar é que o *venire contra factum proprium* deve ser utilizado com parcimônia[16], e somente se preenchidos os seus requisitos.

Assim, necessário se faz uma análise sobre os fundamentos e requisitos do *venire,* para determinar qual a causa de sua aplicação, e em que casos deve ser invocado, a fim de evitar sua superutilização.

1. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório: Conceito, Âmbito de Aplicação e Fundamentos

Em um primeiro olhar, poder-se-ia afirmar que o *venire* é um instituto destinado à tutela da coerência. Nesse sentido, vedaria todo e qualquer comportamento contraditório, buscando sempre a manutenção da coerência em todas as relações.

Contudo, tal assertiva não se mostra verdadeira. O *venire* supera a questão da coerência e, na verdade, protege algo mais importante, que é a legítima confiança criada em uma das partes. Desse modo, não há que se falar em um dever jurídico absoluto de coerência, o que, inclusive, acarretaria graves consequências à maleabilidade e volatilidade dos comportamentos humanos.[17]

Após esta primeira observação, indispensável analisar os três principais fundamentos do *venire*: o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da solidariedade social e o valor da segurança jurídica.

Tendo por finalidade primordial a tutela da legítima confiança, o *venire contra factum proprium* possui seu principal fundamento no princípio da boa-fé objetiva[18], já que existe uma nítida correlação entre boa-fé objetiva e confiança. Leciona Menezes Cordeiro: "o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando,

[15] Como por exemplo, o artigos 428, inciso IV e o artigo 438.
[16] Aliás, esta análise pode se estender para a superutilização dos princípios em geral. Os princípios não tinham, no passado, força normativa vinculante. Agora que o têm, o direito atual passou de um extremo a outro: se antes nem mesmo eram utilizados para resolver casos concretos, hoje as decisões principiológicas são aplaudidas de pé. Passamos de um extremo a outro. Nesse sentido, Daniel Sarmento oferece oportuna crítica ao exagero oportunizado pelo ambiente neoconstitucionalista: "Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão". SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set. 2013.
[17] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed., rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
[18] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2001.

em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas".[19]

Segundo a melhor doutrina, a boa-fé objetiva possui tríplice função em nosso ordenamento: a primeira delas é a função interpretativa (ou hermenêutica), disposta no artigo 113 do Código Civil. A segunda é a função integrativa, contida na cláusula geral disposta no artigo 422 do Codex. Por fim, a boa-fé objetiva possui ainda uma terceira função, a de controle, consoante disposto no artigo 187[20] da Lei Civil vigente.[21]

O *venire* se insere dentro da função de controle ao abuso do direito[22]. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, "o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer".[23]

Sob uma perspectiva funcional, considera-se que todo direito possui limites, uma vez que não existem direitos absolutos. Se o exercício deste direito ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, caracterizado está o exercício abusivo deste direito, e se este causar dano a outrem (ou tiver potencialidade para causá-lo), o ordenamento deve reprimir esta conduta.

Trata-se, portanto, de uma função negativa da boa-fé objetiva, já que objetiva impedir determinada ação que pode vir a causar dano a terceiros[24]. O instituto em estudo impede comportamentos contraditórios a outros anteriormente assumidos e que violem a legítima confiança alheia. Desse modo, a finalidade do princípio de proibição ao comportamento contraditório é excluir ou evitar o ato incoerente, podendo, portanto, ter um caráter repressivo ou preventivo.

Contudo, o *venire* não se fundamenta apenas na boa-fé objetiva. Apesar do seu imenso campo de aplicação, ainda existe relutância quanto à sua utilização em outros ramos do direito, como por exemplo, o direito público[25]. Dessa maneira,

---

[19] MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas, p. 8. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em 04 set. 2013.

[20] Contra, entendendo que o artigo 187 não consagra o abuso de direito, MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In. *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro: "Autorizada doutrina vê no art.187 do Código Civil a consagração da velha figura do abuso de direito. Ousamos discordar desse entendimento, pois vemos estampado naquele texto as balizas do exercício inadmissível de posição jurídica".

[21] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 44-45.

[22] MENEZES CORDEIRO, Antônio. Do abuso de direito*:* estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em 04 set. 2013.

[23] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 181-182.

[24] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 89.

[25] A jurisprudência pátria, por exemplo, no campo do direito público, utiliza diversas vezes o *venire contra factum proprium,* mas sem fazer necessariamente alusão à boa-fé objetiva. Para tanto, basta conferir SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 220. Já os tribunais portugueses não relutam em aplicar a boa-fé ao direito público, consoante leciona Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "o impulso decisivo para a transplantação da boa-fé no direito público foi dada, mais uma vez, pela jurisprudência. Apesar de algumas decisões negativas iniciais, que não deixaram sequelas, breve

um dos obstáculos à aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório aos demais setores do Direito seria sua fundamentação exclusivamente pautada no princípio da boa-fé objetiva, uma vez que este somente poderia ser aplicado às relações privadas, configurando-se como um óbice à sua extensão ao campo do direito público.

Assim, o segundo fundamento do *venire contra factum proprium* é o princípio constitucional da solidariedade social. Não se pode mais conceber o homem como um ser fechado, isolado. O agir humano, portanto, se encontra limitado pela atuação de seus iguais. A liberdade de ação somente é legitimada na medida em que os interesses da coletividade são respeitados. Ou melhor, a liberdade humana somente é protegida se seu exercício for merecedor de tutela, eis que o agir autônomo de cada pessoa pressupõe o necessário caráter relacional que lhe é intrínseco.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, "a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses comuns, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de 'não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito'".[26]

Portanto, o *venire contra factum proprium* apresenta intrínseca relação com esse princípio constitucional. A solidariedade social, assim, impõe deveres de mútua cooperação entre as partes, de modo que o respeito à palavra dada é premissa básica para que essa cooperação se desenvolva.

Contudo, é inevitável a tensão existente entre liberdade e solidariedade. De um lado, a enorme maleabilidade de condutas humanas se baseia no direito à autodeterminação. De outro, o princípio da solidariedade social impõe respeito às situações de fato e de direito alheias.

Nesta ponderação de interesses, a solidariedade social deve, em regra, prevalecer. Assim propõe Maria Celina Bodin de Moraes:

> Não se trata somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardeal do ordenamento brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.[27]

Assim, o instituto se pauta, sobretudo, em um preceito constitucional, o que justifica sua aplicação em todos os ramos do ordenamento jurídico.[28]

---

surgiu uma jurisprudência convicta favorável à boa-fé". MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384.

[26] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 241.

[27] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 264.

[28] Como ensina Anderson Schreiber, "Esta vocação constitucional do *nemo potest venire contra factum*

Por fim, o *venire* também encontra sustentação no valor da segurança jurídica. Nas palavras de João Baptista Machado, existe uma nítida correlação entre "o direito, a paz, e a segurança das expectativas. Assegurar expectativas e direccionar (*sic*) condutas são indubitavelmente funções primárias do direito".[29]

A convivência social depende, em certa medida, da confiança no ato praticado por outrem. Tornar-se-ia inviável o convívio se toda informação fornecida tivesse de ser submetida a um exame prévio de veracidade para ter eficácia. Daí a importância que recai sobre a confiança gerada quanto à palavra dada.

O *venire* atende, portanto, às necessidades mais elementares para a convivência social. Permite a estabilização das confianças geradas e a promoção e manutenção de um estado de "paz jurídica".[30]

Uma vez analisados os fundamentos do instituto, imperioso realizar uma análise sobre os requisitos para a aplicação do *venire* no direito brasileiro.

2. Dos Requisitos de Aplicação

Como anotado anteriormente, o princípio da proibição ao comportamento contraditório não atua sobre todo e qualquer comportamento incoerente.[31] Existem requisitos específicos para sua aplicação, e somente com a presença de todos eles é possível proibir determinada contradição.

Segundo Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium* possui quatro pressupostos de aplicação: a ação inicial (o *factum proprium*), a legítima confiança, a ação posterior e o dano ou potencial de dano. [32]

Portanto, o *venire contra factum proprium* pressupõe, por sua própria definição, duas condutas diretamente contraditórias uma a outra, na qual a segunda viola a legítima confiança que a outra parte tinha na manutenção de um comportamento inicial, e com isso, vem a causar um dano ou tem potencial de causar um.

O exame de todos esses requisitos é fundamental para detectar em quais situações o *venire* deve ser utilizado, a fim de evitar, assim, sua banalização.

---

proprium impõe, aliás, sua aplicação a outros ramos do direito, como o direito societário, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito internacional público, e assim por diante". SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 220.

[29] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 229.

[30] A "paz jurídica" que, ao lado da "justiça", é referida como uma das expressões da própria "ideia de direito". MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 230.

[31] "Não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana" MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 470.

[32] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131.

2.1. A Ação Inicial (o *Factum Proprium*)

A própria noção de contradição pressupõe a existência de duas condutas, uma oposta à outra. Sendo assim, o primeiro requisito do *venire* consiste em uma ação inicial, vale dizer, o *factum proprium*.

Inicialmente, cumpre destacar que o vocábulo "ação" deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo a ação como ato positivo em sentido estrito, e a omissão, em seu sentido negativo.

No caso da ação positiva, determinada conduta é praticada, o que leva a crer na outra parte que este comportamento inicial seria mantido, mediante o depósito de uma confiança legítima na outra parte.

Quanto à omissão, o autor deixa de realizar uma determinada conduta, geralmente durante determinado lapso temporal, que leva a crer na contraparte que esse vazio continuaria, ou seja, que o autor continuaria sem realizar conduta alguma.

A omissão pode ser lícita ou ilícita. Será lícita quando a omissão não decorrer de qualquer dever de agir. A outro giro, será ilícita justamente quando este dever de agir estiver presente e o agente permanecer inerte.

Para o *venire,* apenas interessa o conceito de omissão lícita, já que para a ilícita são reservados outros remédios específicos, como a imposição de multas pelo descumprimento de obrigações.

A omissão, mesmo que inicialmente lícita, também é capaz de gerar na parte contrária a legítima expectativa de que este não agir persistiria. Nesse caso, figurará o instituto da *supressio,* que nada mais é do que uma subespécie do *venire*.[33]

Já tivemos a oportunidade de sustentar que "o passar do tempo pode fazer desaparecer situações jurídicas que não foram exercidas durante um certo lapso por seu titular, desde que o não exercício tenha gerado um benefício para a outra parte, por acreditar que aquela situação ou direito não seria mais usado". [34]

A título ilustrativo, a *supressio* poderia ser perfeitamente aplicável em matéria de inquilinato. Suponha-se que haja um grande lapso de tempo entre a notificação para o término do contrato de locação (por prazo determinado), e a propositura da ação de despejo. Este longo período de omissão do locador pode gerar uma legítima expectativa no locatário de que o locador teria desistido da denúncia. Isso pode induzir a ineficácia daquela notificação (aviso prévio), impondo a renovação do contrato, mesmo a lei não prevendo prazo para a propositura da ação de despejo. Em nome da boa-fé objetiva, poderia o autor perder seu direito de propor ação de despejo pela omissão por tempo exagerado.[35]

---

[33] MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.
[34] MARTINS, Guilherme Magalhães, A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009, p. 143.
[35] MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.

Em outro exemplo, basta imaginar que, em um contrato de trato sucessivo firmado entre devedor e credor, a data escolhida para a realização do pagamento foi o dia 5 de cada mês. Contudo, durante dois anos, o pagamento se deu no dia 20 de cada mês, sem qualquer oposição do credor. Por um grande lapso de tempo, o credor tacitamente aceitou o pagamento fora da data e, dessa forma, não pode se insurgir dois anos depois, propondo o inadimplemento do contrato por esse motivo.

Ademais, o *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo[36] para regular todas as situações presentes na vida humana. O comportamento humano é extremamente diversificado, de forma que é impossível, mesmo com a colossal quantidade de normas positivadas pelo ordenamento, regular especificamente todas as formas de atuação humana.

É sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (em especial o ato jurídico e o negócio jurídico), que incide o instituto em estudo[37]. O que se pretende dizer é que o *venire* deverá atuar apenas na ausência de norma específica regulando a situação[38]. Logo, se, por exemplo, existir uma regra positivada pelo ordenamento regulando uma situação concreta específica, esta deve ser aplicada, e não o *venire*.

Significa que o *venire* deve ser aplicado de forma excepcional e subsidiária. Isto não quer dizer, contudo, que apenas deve ser invocado se pairar sobre a situação concreta um verdadeiro vazio normativo. No gigante arcabouço normativo atual, com a já pacífica tese da normatividade dos princípios, muito rara é a situação na qual não exista nenhuma norma regulando determinado fato.

A utilização do *venire* demonstra a insuficiência do direito positivo, mas o ordenamento não é composto apenas por normas positivadas, existindo aquelas que se leem implícitas (como o princípio constitucional da razoabilidade e o próprio *venire*). Não se está a afirmar, contudo, que o ordenamento é absolutamente completo, tal como queria a escola da exegese[39]. O ordenamento possui lacunas, já que, como afirma Norberto Bobbio, "se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente

32, out./dez., 2009, p. 151.

[36] Como leciona Norberto Bobbio, em crítica a respeito do dogma da completude do ordenamento, ou seja, na crença absoluta de que no sistema jurídico não faltam nem sobram normas, confira: "o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado". BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 125.

[37] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 126.

[38] Vale destacar trecho de SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set.2013: "Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese".

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 121.

no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida".[40]

Os princípios, geralmente, são normas abstratas e gerais, não regulando uma situação específica. Significa dizer que mesmo existindo um princípio vago e abstrato que incida sobre o caso concreto, o *venire* poderá ser utilizado, porque específico para preencher a lacuna deixada pela imprecisão do ordenamento.[41]

Portanto, o uso subsidiário do *venire* deve ser interpretado como a ausência de uma norma específica e vinculante incidindo sobre a situação concreta. Se existir alguma norma específica, apta a regular a situação concreta, o instituto do *venire contra factum proprium* não deve ser aplicado.

Constata-se, portanto, a conhecida regra do predomínio da norma especial sobre a geral. Em certas situações, o *venire* será tido como específico, e nestes deve ser aplicado. Em outros, será classificado como geral, e sua invocação é dispensada.

É, portanto, um instituto não reconhecido de forma expressa pelo ordenamento, mas nem por isso necessita de um vazio normativo para sua aplicação. O ordenamento positivo não chega perto de contemplar todas as atividades humanas, razão pela qual hão de existir institutos extralegais para dar conta destas situações.

Fica claro, portanto, que, se determinado dispositivo de lei proíbe ou permite expressamente determinada conduta, não se faz necessário invocar o *venire*, pois já existe uma regulação legal específica e precisa para a questão. Igualmente, se uma parte praticar ato que fere determinada norma contratual, implicará em inadimplemento, e mesmo que esse descumprimento seja contraditório, o *nemo potest venire contra factum proprium* não deve ser invocado, pois já existe um acordo de vontades que regula a situação.

Como consequência, o *factum proprium* é uma conduta inicialmente não vinculante à luz do direito positivo, mas que, como nas palavras de Anderson Schreiber:

> [...] passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação. Não pode, por esta razão, ser definido, *a priori*, como "conduta vinculante", já que vinculante somente será se presentes os demais pressupostos de incidência da proibição do comportamento contraditório [...]. [42]

[40] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 137.

[41] Exemplificando, imagine dois comportamentos contraditórios, onde ambos, em tese, poderiam ser resolvidos com base no *venire*. Contudo, na primeira delas, além do *venire,* incide também o princípio da razoabilidade, que não regula precisamente a situação concreta. Estes dois, assim, podem ser utilizados em conjunto. Mas, se num segundo caso, houver expressa cláusula contratual proibindo a contradição, não há necessidade de se invocar o *venire,* tendo em vista a existência de norma específica.

[42] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra*

Em princípio, o agente estava livre para optar por praticar qualquer conduta. Mas no momento em que a escolher, e esta gerar na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, a conduta inicial se tornará vinculante.

O *factum proprium,* assim, possui o condão de fazer nascer na outra parte o principal requisito de aplicação do *venire*: a legítima confiança.

2.2. A Legítima Confiança

A grande finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente a tutela de uma confiança legítima[43]. Assim sendo, a proibição ao comportamento contraditório só irá incidir a partir do momento em que a conduta inicial gerar na parte contrária a legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Nas palavras de Menezes Cordeiro, "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual".[44]

Duas observações devem ser feitas sobre este requisito. A primeira delas é que não é qualquer confiança que deve ser tutelada, e sim a confiança específica de manutenção de um comportamento inicial.

Suponha-se que, por exemplo, alguém firme um contrato de financiamento com um banco para aquisição de uma casa. Junto com o contrato, a pessoa gera em si mesma a legítima confiança de que dias melhores virão. Em momento futuro, o devedor percebe que se endividara demais, o que frustra seus planos de melhoria de vida. No dado exemplo, o contrato fez gerar uma confiança de dias melhores que foi quebrada pelo endividamento. Nem por isso incide *venire contra factum proprium* no comportamento do banco.

Isso por que não foi quebrada a legítima confiança específica de manutenção de um comportamento inicial, que era contrair um financiamento naquela forma específica (este era o *factum proprium*). Houve aqui a quebra de uma confiança que é meramente consequência da ação inicial, e não ela própria.[45]

Assim, somente a confiança específica de manutenção de um comportamento anterior, de que as coisas continuariam como estavam, pode atrair a incidência do *venire*.

A segunda nota é que essa confiança deve ser legítima. Como ensina Anderson Schreiber:

---

factum proprium. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 129.

[43] Vale ressaltar que, como já foi dito, o princípio da confiança é necessário para assegurar a própria segurança do convívio social. Nesse sentido, "o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica". MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. Coimbra, In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 294.

[44] MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013.

[45] O fato parece óbvio, mas é motivo de equívoco em alguns julgados do STJ, como será visto adiante.

> [...] não basta, todavia, o estado de confiança; é preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a ressalva expressa de possibilidade de contradição exclui, a princípio, a legitimidade da confiança [...][46]

Não basta, contudo, um fato inicial que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção. É preciso haver um comportamento posterior que, contradizendo diretamente o *factum proprium,* quebra a legítima confiança na sua manutenção.

2.3. Comportamento Posterior

Não existe contradição com uma conduta apenas. Uma ação contraditória o é necessariamente à outra.

Deve existir uma ação inicial, um *factum proprium* que gere a legítima confiança na sua manutenção, mas também deve haver uma conduta posterior, apta a quebrá-la e então configurar o *venire*.

Posto que a ação inicial nasce não vinculante, mas se torna vinculante quando desperta na outra parte a legítima expectativa de sua manutenção, o agente se encontra obrigado, portanto, pela ação inicial, a manter sua conduta.

É aqui que surge, no mundo fático, o comportamento contraditório proibido, pois a vinculação à conduta inicial proibia que o agente tomasse uma conduta contraditória, e mesmo assim ele a pratica.

Cabe a observação de que o comportamento posterior deve ser mantido às margens do direito positivo e das regulamentações contratuais. Caso o agente pratique uma conduta posterior que possui proibição expressa no direito positivo, ela será combatida com muito mais propriedade pelas normas específicas que a proíbem.

Logo, a única vinculação deve ser a gerada pelo *factum proprium*. Se não fosse ele, o agente estaria livre para praticar qualquer conduta, mas deve se ater ao seu dever de manter o comportamento exercido inicialmente.

De acordo com Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, "só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa (*sic*) entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor".[47]

Sobre um mesmo ato, diversos tipos de confiança podem ser gerados, e todos estes podem ser rompidos. O *venire* incidirá como instrumento de proibição de ruptura

[46] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. rev e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 143.
[47] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 746.

apenas da legítima confiança de manutenção no *factum proprium*. Se assim o é, apenas a contradição direta entre duas condutas pode romper com essa confiança específica.

Não basta um leve desvirtuamento, ou uma mera incoerência. É necessária uma contradição direta, uma ação, e sua extrema oposição, um antagonismo direto entre o *factum proprium* e a ação posterior.

Por fim, não se exige o dolo de contradição. Basta apenas a conduta objetivamente analisada, pouco importando o *animus* do agente. O *venire* embarca na tendência de objetivação do Direito atual, na qual se dispensa a perquirição sobre os estados subjetivos que levaram à prática da ação, tendo por preferência a análise das condutas em si.

2.4. Dano ou Potencial de Dano

Por último, deve-se analisar a lesividade da conduta contraditória. Mesmo que os três anteriores requisitos estejam presentes, não se imputará uma responsabilidade àquele que, nem em tese, poderia causar dano com a sua conduta contraditória. Ademais, este dano causado pode ser tanto moral quanto patrimonial.

O *venire,* ainda, pode atuar de forma preventiva ou repressiva, como ensina João Baptista Machado:

> A responsabilidade pela confiança funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos. É teoricamente admissível, porém, que uma conduta declarativa destinada a produzir certo efeito jurídico, mas contrária à boa-fé, não veja recusada essa eficácia jurídica, mas em compensação, dê origem a uma obrigação de indemnizar. [48]

3. O Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: um Balanço Crítico

Analisados os fundamentos e os pressupostos de aplicação do *venire,* investiga-se a partir da análise alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, a recepção deste princípio na jurisprudência brasileira. Tal empreitada se mostra relevante na medida em que revela os riscos da superutilização do princípio de proibição do comportamento contraditório. Tal constatação decorre da aplicação supérflua do *venire*, ou ainda, em situações onde não se mostram preenchidos seus requisitos.

[48] MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985, p. 297.

Cabe salientar, contudo, a recente trajetória do instituto na jurisprudência pátria. Judith Martins-Costa aponta como *leading case,* um acórdão proferido pelo STF sob a lavra do Ministro Leitão Abreu, em 1978.[49]

Como apontado anteriormente, a repugnância ao comportamento incoerente vem encantando a todos, e a "musicalidade de sua forma latina", à luz da lição de Menezes Cordeiro, vem atraindo para si todos os olhares. Contudo, a superpopularidade do *venire* pode ocasionar um efeito colateral indesejado: a banalização do instituto.

3.1. O Comportamento Contraditório e a Ausência de Outorga Uxória[50]

O julgamento do Recurso Especial 95.539-SP, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar, é um dos primeiros casos de aplicação do *venire* no direito pátrio. A despeito de não ser o pioneiro, certamente conferiu grande visibilidade ao instituto que, a partir deste momento, passou a ser mais estudado no Brasil.

Ademais, cabe ressaltar que neste caso, inequivocamente, o *venire contra factum proprium* foi aplicado de maneira paradigmática pelo ministro relator Ruy Rosado de Aguiar.

O caso concreto envolve a promessa de compra e venda de bem imóvel. Ocorre que, no ato do contrato, o promissário vendedor não requereu a outorga uxória do seu cônjuge. Como se sabe, no direito pátrio, é necessário a anuência do cônjuge para a alienação de bem imóvel. Essa anuência é denominada de "outorga uxória", e encontrava-se presente no Código Civil vigente à época, e também no atual (artigo 1647).

Assim sendo, a esposa do promissário vendedor não assinou o contrato e, portanto, não deu seu consentimento formal e expresso à avença.

Mesmo assim o imóvel foi vendido. Permaneceu o comprador na posse mansa e pacífica do imóvel, sem qualquer oposição dos vendedores, durante o longo período de 17 anos. Eis que então, após este longo período de inércia, os vendedores (marido e esposa), se insurgem contra o negócio jurídico realizado, requerendo sua anulação justamente com base na ausência da outorga uxória do cônjuge virago.

Como bem entendeu o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os vendedores incorreram em *venire contra factum proprium* (mais precisamente, em *supressio*), já que aceitaram tacitamente aquele contrato como válido, por 17 anos, mesmo sem a outorga uxória.

Cabe observar que, decorrido este longo período, a esposa aceitou tacitamente o contrato. Assim, gerou na outra parte a legítima confiança de que o contrato era válido e eficaz, e que podiam desfrutar livremente do novo imóvel. Ao

[49] MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, nov./dez., 2004, Rio de Janeiro, p. 116. STF, RE nº 86.782-2/RS, julg. em 20.10.1978.
[50] REsp 95.539 – SP – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quarta turma do STJ, data do julgamento 03/09/1996.

requerer a anulação do contrato justamente por falta de um aceite que ela própria deveria ter dado, comete ato contraditório passível de proibição, já que é quebrada a legítima confiança de persistência daquela omissão ou inatividade.

Nas palavras do relator:

> Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz em uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido.[51]

Não há aqui outra regra específica que expressamente regule a situação. Portanto, extremamente precisa e necessária foi a utilização do *nemo potest venire contra factum proprium* para proibir a conduta contraditória nesse caso. Pelo contrário, se a regra positiva fosse interpretada literalmente, os vendedores incoerentes sairiam vencedores na causa, e conseguiriam a anulação do negócio mesmo 17 anos depois de celebrado.

Trata-se um julgado emblemático, de extrema importância para o instituto em questão, tendo em vista que o destacou no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiros.

Contudo, ainda há um número expressivo de julgados que utilizam o *venire contra factum proprium* de forma equivocada ou desnecessária, banalizando o instituto e mitigando seu real significado, como será visto a seguir.

3.2. O *Venire* na Seara do Direito Processual Penal[52]

Este caso versa sobre o julgamento de um *habeas corpus,* o que demonstra o anteriormente afirmado, de que o *venire contra factum proprium* pode ser aplicado em todos os ramos do ordenamento jurídico, devido ao seu fundamento constitucional.

O caso trata, em origem, do julgamento de supostos delitos praticados pelo Governador de Roraima à época de seu mandato, acusado de ser o mandante de crimes praticados no desvio de verbas públicas.

Ocorre que, no desenvolver do processo, o político começa a pedir insistentemente para se reunir com o juiz fora do âmbito da Corte. Depois de várias tentativas fracassadas, o juiz acaba sucumbindo às investidas do político, e resolve promover a reunião.

---

[51] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 95.539/SP. 4ª Turma. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. *"VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM"*. BOA-FÉ. PREPARO. FÉRIAS. Relator min. Ruy Rosado de Aguiar.

[52] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. *Habeas Corpus* nº 206.706/RR. 6ª Turma. HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA. Relator min. OG Fernandes. DJe 21 mar. 2012. DJ 14 out. 1996, p. 39015.

Com isso, alega o impetrante que, diante do evento, a imparcialidade do juiz estaria comprometida, pelo simples fato de ter este se reunido com uma das partes fora do tribunal, para tratar de questões relativas ao processo, razão pela qual deveria ser declarada a suspeição do magistrado.

O STJ entendeu por bem negar provimento ao *habeas corpus,* mas, entre outros argumentos corretos, aduz ter ocorrido *venire contra factum proprium,* vez que fora o próprio réu que provocou a reunião, razão pela qual não pode se valer dela para se beneficiar da suspeição.

De fato, o *venire* poderia ser utilizado no caso, se não houvesse dispositivo expresso regulando certeiramente a situação. Trata-se da norma contida no artigo 256 do Código de Processo Penal. Este diz que "a suspeição não será declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz, ou de propósito der motivo para criá-la".

Como foi visto, o *nemo potest venire contra factum proprium* deve ser aplicado de maneira subsidiária, de modo que não haja nenhuma lei positiva regulando expressamente a situação.

É bom ser retomado que nem por isso o instituto ficará restrito aos casos de vazio normativo, tido como aqueles onde não há normas para regular o fato, já que tais casos são de rara existência.

Neste caso, o relator apresentou diversos argumentos, todos idôneos para embasar sua decisão. Para que então se invocar um instituto que deve ser aplicado desta forma? Constata-se a desnecessidade da utilização do *venire* neste caso.

Se determinado instituto é aplicado em demasia, perde sua essência. No caso, a banalização pode gerar consequências drásticas. Estar-se-ia proibindo a contradição em casos onde ela não deve ser proibida. É lícito às partes virem a se arrepender de seus atos futuramente.

3.3. A Aplicação do Princípio de Proibição ao Comportamento Contraditório e a Responsabilidade Civil do Estado[53]

Trata-se, em origem, de ação indenizatória movida em face do Estado do Espírito Santo, pelo fato de ter sido a autora atingida por disparos em via pública após perseguição de policiais militares a criminosos, com consequente troca de tiros.

O Estado pauta sua defesa sobre a alegação de não existir nenhuma prova de que a bala que atingiu a vítima realmente saiu da arma de um policial.

Isso porque o Estado, competente para concluir o inquérito policial e o exame de balística, quedou-se inerte por longos anos, sem realizar as diligências

[53] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1236412/ES. 2ª Turma. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. "BALA PERDIDA" QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. Relator min. Castro Meira. DJe 17 fev. 2012.

necessárias para o esclarecimento dos fatos, a fim de confirmar de onde partiu o projétil que atingiu a autora.

Ainda, ficou constatado, por depoimentos, que o fugitivo estava impossibilitado de responder aos disparos, uma vez que se encontrava dirigindo um veículo.

O argumento da defesa do Estado, entretanto, é que, por não existir exame de balística apto a elucidar a verdade dos fatos, seria impossível imputar-lhe a responsabilidade, uma vez que não poderia se concluir de forma definitiva que o projétil realmente partiu da arma de um policial.

O STJ entendeu que haveria *venire contra factum proprium* no fato de o Estado alegar a inexistência (por 28 anos) do exame de balística para se eximir da culpa, sendo este próprio o competente para fazê-lo.

Contudo, um olhar mais atento revela que os requisitos de aplicação do instituto não se encontram presentes. Falta aqui o elemento essencial para a caracterização do *venire*: a ruptura de uma legítima confiança na manutenção do comportamento inicial.

Ao não proceder, por 28 anos, ao exame de balística, nenhuma confiança específica é depositada, no sentido de que o Estado persistiria em não realizá-lo. Se o aparelho estatal falhou em matéria de segurança pública, inviabilizando dito exame pericial, incorre contradição a ser imputada à administração pública.

Ainda, a contradição entre as duas condutas não é direta. Contradição direta haveria, se o Estado não realizasse o exame por 28 anos, quando, subitamente, decide fazê-lo. Caso a realização do exame violasse a legítima confiança de alguém e causasse um dano, aí sim poderia incidir o *venire*. Mas não é essa a hipótese do julgado.

Falta, portanto, o requisito da legítima confiança de manutenção de um comportamento inicial, e o do comportamento posterior que entra em contradição direta com o *factum proprium*.

3.4. *Venire* e a Oportunidade de Emenda à Petição Inicial[54]

Neste caso, é discutida a possibilidade de revisão contratual de um negócio jurídico firmado entre uma sociedade comercial e um banco.

O tribunal estadual indeferiu a petição inicial por falta de um documento essencial à demanda: o próprio contrato que se pretendia revisar. Entretanto, o autor alegou que deveria ter sido intimado para emendar a inicial antes de vê-la indeferida por inépcia, trazendo ao juízo, assim, o documento reputado como essencial.

[54] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Ocorre que em determinado momento do processo, aquela pessoa jurídica alegou não possuir cópias do referido instrumento contratual. Tal fato, na visão do julgador, consistiria *venire contra factum proprium,* já que, num primeiro momento, a sociedade alegou não possuir cópias do contrato, e depois quer ser intimada para trazer a juízo o referido instrumento, que alegou não possuir.

Contudo, o fato de a autora alegar que, naquele momento, não possuía consigo o contrato, não significa que nunca o teria. É plenamente possível a obtenção do instrumento contratual junto à instituição bancária em momento posterior ao ajuizamento da demanda.

Neste sentido, nenhuma confiança pode ser quebrada, já que nem chegou a ser gerada. O fato de não ter consigo, naquele momento, o instrumento contratual, não faz nascer legítima confiança de que a sociedade nunca o conseguiria.

Além disso, o STJ entendeu que, tendo o juízo *a quo* se omitido quanto à possibilidade de o banco trazer a juízo o contrato, não poderia o Tribunal Superior opinar nessa matéria, já que a súmula 7 daquele tribunal veda o reexame do material fático-probatório.

Contudo, isso nada tem a ver com o argumento do *venire* utilizado para negar procedência ao recurso. As provas, é verdade, não podem ser reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça, mas isso não gera a impossibilidade de emenda à inicial, pois é perfeitamente possível a anulação do julgado *a quo*, para que então seja a parte intimada a emendar a inicial.

A vedação ao reexame de provas em nada afeta a possibilidade de anulação do acórdão estadual. Ou seja, o STJ aceita que é possível a anulação do julgado estadual, embora inútil, como se percebe do seguinte trecho do acórdão:

> [...] Como se vê, ainda que a jurisprudência deste Superior Tribunal seja assente no sentido de que é direito da parte ser intimada para emendar a petição inicial antes de tê-la indeferida, a anulação do acórdão estadual para tal fim, ante as peculiaridades do caso concreto, seria providência inútil e procrastinatória, haja vista que a própria autora alega não possuir os documentos reputados essenciais pela instância recorrida. (...) Desse modo, a pretensão de anular o julgado combatido para que a parte seja intimada a emendar a inicial com documentos que alegou não possuir é comportamento contraditório, que atenta contra o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, amplamente aceito na jurisprudência pátria.[55]

[55] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.094.223/MG. 4ª Turma. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FEITO. EXTINÇÃO. EMENDA. INICIAL. INTIMAÇÃO PRÉVIA. DOCUMENTO FALTANTE. ALEGAÇÃO DA PARTE DE NÃO POSSUÍ-LO. IMPROVIMENTO. Relator min. Aldir Passarinho Junior. DJe, 10 set. 2010.

Assim, a vedação ao reexame de provas em nada afeta o mau uso do *venire*. Se não é possível reexaminar as provas, é possível anular o julgado estadual para então ser a parte intimada a emendar a inicial, como admite o próprio julgado.

E nesse sentido, ao afirmar, em dado momento, que não se possui determinado documento, não se gera na outra parte a legítima expectativa de que nunca o teria. Se nenhuma confiança é gerada, não pode haver a incidência do *venire contra factum proprium*.

A partir da análise de alguns julgados, pode-se constatar que o STJ tem aplicado o princípio da proibição ao comportamento contraditório sem atentar à presença dos requisitos essenciais para sua configuração. Cabe ressaltar, ainda, que a legítima confiança – justamente o requisito mais importante, que fundamenta a proibição do comportamento contraditório – tem sido o pressuposto menos observado.

Conclusão

Conforme visto, não existe uma proibição geral ao comportamento contraditório. Apenas circunstâncias especiais podem levar à sua vedação.[56]

Não se pode proibir todos os comportamentos contraditórios. Caso contrário, nas lições de Menezes Cordeiro, "todo o relacionamento social converter-se-ia em um edifício rígido de deveres irrecusáveis"[57]. Seria sempre vedado o arrependimento, quando "faz parte da natureza humana o 'voltar atrás', a faculdade de poder rever seus conceitos e determinações"[58].

Porém, a mutabilidade das decisões humanas não é compatível com a rigidez causada pela superutilização do *venire*. A própria concepção de ciência possui intrínseca a ideia de mutabilidade. Como já afirmou Heráclito, filósofo grego pré-socrático, "No mundo tudo flui, tudo se transforma, pois a essência da vida é a mutabilidade, e não a permanência".

Uma dose de segurança jurídica é necessário para o próprio funcionamento do sistema. Por outro lado, uma rigidez inflexível dos comportamentos humanos tornaria inviável a convivência humana. O *venire,* se corretamente utilizado, tutela exatamente o meio termo: fornece segurança no tocante à manutenção da conduta que desperte na outra parte a legítima confiança na sua manutenção, mas também permite o arrependimento.

É razoável que, em alguns casos, a pessoa possa se arrepender de seus atos, e tomar atitudes incoerentes com outras tomadas anteriormente, desde que isso não atente contra a legítima confiança da outra parte.

---

[56] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 751.
[57] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, pag. 750
[58] PASINI, Fabíola. Venire contra factum proprium *como limite positivo à autonomia da vontade:* elementos característicos. Brasília, 2007, p. 100.

Em síntese, os tribunais pátrios, ao não utilizar o *venire* atentando para seus requisitos, provocam seu desvirtuamento, além de enrijecer indevidamente a enorme gama de comportamentos humanos, causando desequilíbrio no binômio liberdade-responsabilidade.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e *"venire contra factum proprium"*. In: *Revista de legislação e de jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 3718-3729, 1985.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out./dez., 2009.

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

_____ . *O direito privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.ufrgs.br/. Acesso em 04 set. 2013.

_____ . A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, nov./dez., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ . *Do abuso de direito*: estado de questões e perspectivas. Disponível em http://www.oa.pt/. Acesso em: 04 set. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé Objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. In: *Revista Forense*, vol. 351, set., 2000.

PASINI, Fabíola. Venire contra factum proprium *como limite positivo à autonomia da vontade*: elementos característicos. Brasília, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, out./dez., 2003.

ROPPO, Enzo, *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel, *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Disponível em http://isisbollbastos.wordpress.com/. Acesso em: 04 set. 2013.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada "Estabilização da Tutela Antecipada"

Heitor Vitor Mendonça Sica*

1. Introdução

Os arts. 294 ao 311 do novo CPC denomina de "tutela provisória" a ampla categoria que abrange as chamadas tutelas de urgência (subdivididas entre cautelar e antecipada) e de evidência, ressistematizando e unificando, do ponto de vista procedimental, o que o CPC de 1973 denominaria de tutela antecipada de urgência (art. 273, I), tutela cautelar (arts. 796 ao 888) e tutela antecipada de evidência (art. 273, II e §6º).

Em linhas gerais, esses instrumentos processuais mantêm o postulado, bem vincado pelo CPC de 1973, segundo o qual tutelas fundadas em cognição sumária são, salvo raras exceções, precárias (podem ser revistas à luz de novos elementos fático-probatórios) e provisórias (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente para produzir efeitos de forma perene).

Essa diretriz resta, contudo, parcialmente atenuada pelo art. 304 do novo CPC, ao prever a chamada "estabilização da tutela antecipada", sob a seguinte redação:

> Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303[1], torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

* Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

[1] Esse dispositivo acha-se assim redigido:
"Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.
§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:
I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar;
II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;
III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.
§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.
§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.
§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.
§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.
§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo, extinto sem resolução de mérito."

> § 1.º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.
>
> § 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.
>
> § 3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
>
> § 4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
>
> § 5.º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.
>
> § 6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo.

A redação desse dispositivo apresenta substanciais diferenças em relação ao texto final aprovado pelo Senado da República em 15.12.2010[2], bem como, principalmente, ao que constava do Anteprojeto originalmente apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas nomeada por ato da Presidência daquela Casa em 2009[3].

---

[2] Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. § 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. (...)
Art. 281. (...) § 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.
Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.
§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.
§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.
Art. 283 (...) § 2º Nas hipóteses previstas no art. 282, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.
Art. 284 (...)§ 2º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

[3] "Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes. *Parágrafo único.* Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*. (...)".

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano[4] – e que vem há tempos sendo debatida pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei que não vingaram[5].

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento[6].

O objetivo do presente ensaio é analisar criticamente essa novidade, identificar problemas que sua aplicação poderá trazer e propor, desde logo, solução para a maioria deles. Não caberá, contudo, nos exíguos limites deste estudo, um exame aprofundado da legislação estrangeira que inspirou o sistema brasileiro.

2. Quais são as Condições para o Cabimento da Técnica de Estabilização da Tutela Provisória?

A leitura dos arts. 303 e 304 permite identificar quatro condições cumulativas a serem observadas para aplicação da técnica da estabilização: *(a)* que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; *(b)* o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; *(c)* que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e *(d)* que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível. Adiante serão analisadas cada uma dessas condições.

---

[4] Aparentemente o projeto se inspirou em alguns aspectos do regime geral das *ordonnances de référé* (arts. 484 a 492) e em outros das *ordonnances sur requête* (arts. 493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, parece-me que alguns elementos foram colhidos do art. 186-*ter* e *quarter*, com redação dada pelas Leis n. 353/90 e 263/2005, e do art. 669-*octies*, com redação dada pelas Leis n. 80/2005 e 69/2009 (destacando semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos, que aqui não vêm ao caso, confira-se Giovanni Bonato I *référés nell'ordinamento francese*, *La tutela somaria in Europa* – Studi, Antonio Carratta *(*org.), p.35-76). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: "Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária".

[5] Ao que me consta, a primeira proposta nesse sentido foi feita, entre nós, por Ada Pellegrini Grinover (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa (*Revista de processo*, n. 86, p.191-195). A técnica voltou a ser estudada pela mesma jurista em outro ensaio, marcado por ampla pesquisa de ordenamentos estrangeiros e que culminou na elaboração de um novo anteprojeto, desta vez com a participação de José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni (Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *Revista de processo*, n. 121, v.30, mar./2005, p.11-37). Esse segundo anteprojeto foi encaminhado ao Senado, que o discutiu a partir de 2005 (PLS nº 186/2005) e o arquivou em 2007. A proposição voltou à tona na parte final do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja elaboração foi coordenada, também, por Ada Pellegrini Grinover. Trata-se, pois, de técnica processual que há muito vem sendo objeto de preocupações da eminente professora do Largo de São Francisco.

[6] A sumarização da cognição sempre implica sumarização procedimental, mas o inverso não é verdadeiro. É corrente a ideia de que o procedimento sumário e o procedimento dos Juizados Especiais preservam o exercício de cognição exauriente.

2.1. Primeira Condição: que Tenha Havido Deferimento de Tutela Provisória de Urgência Satisfativa Pedida em Caráter Antecedente

Para adequada compreensão da técnica processual aqui em análise, é preciso, de início, reconhecer que a terminologia adotada pelo novo CPC para tratar de tutelas sumárias é diversa daquela atualmente utilizada pelo Código em vigor e pela doutrina majoritária. O novo CPC cria a categoria geral da "tutela provisória", e a classifica de acordo com três critérios: *(a)* primeiramente, em razão da necessidade ou não de demonstração de "perigo de demora da prestação da tutela jurisdicional", a tutela provisória pode ser "de urgência" ou "de evidência" (art. 294, par.ún.); *(b)* em segundo lugar, em função do momento em que é postulada, a tutela provisória pode ser "antecedente" ou "incidental" (art. 294, *caput*); e, por fim, *(c)* levando-se em conta a aptidão da tutela provisória em permitir ao beneficiário fruir o bem da vida objeto do litígio ou não, ela pode ser "antecipada" (*rectius*, satisfativa) ou "cautelar" (art. 294, *caput*).

Face a tais constatações, extrai-se da literalidade do dispositivo acima transcrito que a estabilização *não* se aplicaria: *(a)* à "tutela provisória de evidência"[7] (arts. 294, par. ún. e 311); *(b)* à "tutela provisória de urgência cautelar"[8] (art. 294, *caput*, 301, 305 a 310), e, finalmente, *(c)* à tutela provisória requerida em caráter "incidental"[9] (art. 294, *caput*, e 295). Resta apenas a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) pedida em caráter antecedente.

2.2. Segunda Condição: que Tenha Havido Pedido Expresso do Autor

Outra interpretação que, penso, deva ser forçosamente extraída dos arts. 301 e 302 é a de que a técnica de estabilização só poderia se aplicar se o autor assim o pleitear expressamente.

Isso porque as técnicas previstas nos arts. 303 e 304 constituem "benefícios" ao autor (como deixa claro o §5º do art. 303) e jamais poderiam ser a ele aplicados contra a sua vontade[10]. O jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada

[7] De fato, o art. 304, embora não se refira expressamente à tutela de urgência, reporta-se ao art. 306 que, aí sim, por sua vez, trata exclusivamente dessa hipótese ("Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação (...)").

[8] O *caput* do art. 304 dispõe expressamente sobre a "tutela antecipada", apenas (isto é, a tutela satisfativa). E, de fato, não faria sentido cogitar da estabilização de "tutela provisória cautelar", como, *e.g.*, o arresto e o sequestro, que não outorgam ao beneficiário da medida a fruição de qualquer bem da vida objeto do litígio.

[9] Igualmente o *caput* não exclui de maneira textual a estabilização de tutela requerida em caráter incidental. Contudo, essa exclusão resulta evidente da interpretação (necessariamente) conjunta do art. 304 com o art. 303, que trata exclusivamente da hipótese de tutela antecipada pedida em caráter antecedente.

[10] A primeira proposta de Ada Pellegrini Grinover enaltecia justamente a vontade "das partes" (e não apenas do réu) como determinante para se dispensar o prosseguimento do processo rumo à decisão fundada em cognição exauriente (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa (*Revista de processo*, n. 86, p.193).

material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória "estabilizada" apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art. 304, §5º[11]. Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

Finalmente, esse entendimento pode ser extraído da própria interpretação sistemática dos arts. 303 e 304. O primeiro dispositivo prevê a faculdade do autor em provocar o Poder Judiciário *apenas* para apreciar o pedido de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, ao passo que o segundo dispõe que a técnica de estabilização se aplica apenas na hipótese de a medida ter sido deferida "nos termos do art. 301". Não bastasse, o "benefício" do art. 303 precisa ser pleiteado expressamente na petição inicial (§5º)[12].

Em outras palavras: claramente o art. 303 dá duas alternativas ao autor: *(a)* pleitear, exclusivamente, a tutela provisória urgente satisfativa (e apenas "indicar" o pedido de tutela final); ou *(b)* desde logo, pedir, concomitantemente, a tutela provisória urgente satisfativa e a tutela final. Apenas na primeira hipótese é que se cogitaria da possibilidade de aplicação da tese de estabilização. Isso porque o autor que formula desde logo o pedido de tutela final, a meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido de que não se contentará apenas com a tutela provisória estabilizada[13].

---

[11] Como adiante se demonstrará, a sentença de mérito passada em julgado é muito mais firme que a decisão concessiva de tutela antecipada estabilizada. No primeiro caso, caberá ação rescisória em hipóteses taxativamente previstas (art. 966). No segundo caso, a demanda movida em 1º grau de jurisdição nos termos do art. 304, §5º, pode versar qualquer matéria.

[12] O nosso sistema vigente apresenta situação similar. O autor munido de "prova escrita sem eficácia de título executivo" tem a *opção* de manejar ação monitória ou de valer-se do procedimento comum. Embora o primeiro procedimento tenha a aptidão de se revelar mais célere, eventualmente não resultará em sentença de mérito fundada em cognição exauriente, não falta ao autor interesse processual (modalidade adequação) para preferir o segundo.

[13] De fato, não faria sentido exigir do autor que pediu logo na peça inicial para que fosse observado o regime dos arts. 303 e 304 que desde logo formulasse o pedido de tutela final. Tal pedido restará prejudicado caso o réu não interponha recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada e ela se estabilize. Aliás, sob essa mesma ótica, não há muito sentido em se exigir do autor que, antes mesmo da confirmação ou não da estabilização da tutela antecipada, adite a peça inicial para "complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final" no prazo de 15 dias ou outro assinado pelo juiz. O certo seria que a complementação houvesse apenas se o réu interpôs recurso contra a decisão concessiva de tutela e, portanto, evitou sua estabilização, afastando, a partir de então, o disposto no art. 304. A redação do dispositivo ainda se ressente de outros problemas. Em primeiro lugar, se o autor optou por formular apenas o pedido de tutela antecipada, não haverá pedido de tutela final a ser *confirmado*. Houve apenas uma mera "indicação do pedido de tutela final" (há alguma semelhança com o art. 801, III, do CPC em vigor, o qual exige que a peça inicial da ação cautelar traga consigo a indicação "da lide e seu fundamento" a serem deduzidos no "processo principal"). Nessa hipótese, há que se interpretar o dispositivo no sentido de que o autor tem a faculdade de *formular* o pedido meramente *indicado* anteriormente. Em segundo lugar, se o autor não tiver argumentos para complementar, tampouco documentos adicionais a juntar, é evidente que o descumprimento desse comando legal não lhe poderá trazer qualquer consequência. Apesar de o dispositivo empregar o verbo "deverá", a interpretação sistemática torna forçoso o entendimento de que o autor tem uma mera *faculdade* de complementar argumentos e documentos. O órgão julgador deve se contentar com a manifestação de vontade de que o demandante nada tem a acrescer.

2.3. Terceira Condição: que a Decisão Tenha sido Proferida Liminarmente, *Inaudita Altera Parte*

Outra consequência da interpretação do art. 303 concerne ao fato de que a tutela provisória apta à estabilização é aquela concedida liminarmente, *inaudita altera parte*.

Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304, pelas razões expostas no item anterior.

Restaria saber se a tutela provisória foi deferida em 2º grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que indeferiu a providência (art. 1.015, I) e antes que tenha havido o aditamento da peça inicial (art. 303, §1º, I). Fiel à premissa aqui acolhida, entendo que se ao tempo da decisão do tribunal o autor não houver ainda promovido a emenda à peça inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), pode-se cogitar da estabilização da decisão (monocrática ou colegiada) que houver deferido a medida em grau recursal (hipótese em que o réu será intimado da decisão para que se lhe dê oportunidade de recorrer).

2.4. Quarta Condição: que o Réu Não Tenha Interposto Recurso Contra a Decisão que Deferiu a Tutela Provisória

A quarta e última condição é a de que o réu, citado e intimado da decisão[14], *não tenha interposto o recurso cabível*. Em se tratando de decisão proferida em 1º grau de jurisdição, o recurso interponível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria que se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada.

Chama a atenção o fato de o sistema projetado – que tanto esforço empregou para reduzir a recorribilidade direta das decisões interlocutórias (art. 1.015)[15] – passe a *compelir* o réu a recorrer para evitar a estabilização. Sob o império do Código vigente o réu pode optar em não recorrer da decisão liminar antecipatória de tutela e limitar-se a apresentar defesa acompanhada de novos fatos e provas, confiando que o juiz, à luz do aprofundamento da cognição, haja por bem revogar a medida[16].

---

[14] O réu pode já ter sido citado anteriormente ou ingressado voluntariamente nos autos, hipótese em que a decisão concessiva de tutela poderia lhe ser comunicada apenas mediante mera intimação.

[15] A Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC apresentada ao Senado Federal em 2009 detectou expressamente que o "volume imoderado de (...) recursos" era um dos problemas a ser enfrentado por meio da "diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais". Justamente no campo do agravo de instrumento é que essa diretriz se manifestou de maneira mais intensa.

[16] Não se cogita de preclusão, conforme assentei em outro trabalho (*Preclusão processual civil*, p. 256-262).

Outro aspecto a ser enfrentado concerne à hipótese em que o recurso manejado pelo réu contra a decisão concessiva de tutela provisória "estabilizável" não for conhecido, ante a falta de algum dos requisitos de admissibilidade. Para solucionar esse problema, parto do entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida[17]. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido.

Uma última observação se faz necessária. Há que se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres[18] e a reclamação[19]).

3. Em que Consiste a Projetada "*Estabilidade*"?

3.1. Eficácia *Versus* Imunidade e Estabilidade

Primeiramente, baseio-me na ideia de Liebman[20] segundo a qual *eficácia* não se confunde com *imutabilidade*. Uma decisão pode perfeitamente produzir efeitos independentemente de ainda não ter se tornado imune a modificações ou revogações posteriores. Da mesma maneira *eficácia* não se confunde com *estabilidade*. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que a decisão que concede a tutela provisória urgente satisfativa antecedente é plenamente *eficaz* mesmo antes de se *estabilizar*. A diferença é a de que a tutela ainda não estabilizada enseja execução *provisória* (art. 297, par. ún.), ao passo que a tutela estabilizada enseja execução *definitiva*, tão logo extinto o processo nos termos do art. 304, §1º. Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medidas irreversíveis face às amarras do regime do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes), agravadas pela restrição (de duvidosa constitucionalidade) ao uso da penhora eletrônica de aplicações bancárias para efetivação da tutela provisória (art. 297, par. ún.).

---

[17] Esse entendimento é particularmente reiterado quando se trata de embargos de declaração tempestivos, mas não conhecidos, para efeito de interromperem o prazo para outros recursos em face da decisão embargada (*v.g.*, AgRg nos EDcl no AgRE no RE nos EDcl no REsp nº 760.216/PA, Corte Especial, Relator Ministro Ari Pargendler e AgRg no REsp 1191737/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido). O mesmo raciocínio se aplica às demais modalidades recursais e ao efeito impeditivo da preclusão que lhes é inerente.

[18] Art.15 da Lei n. 12.016/2009.

[19] Observe-se que o art. 988 do projeto amplia exponencialmente o cabimento da reclamação em relação ao sistema atualmente vigente.

[20] *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

3.2. Imunidade *Versus* Estabilidade

A segunda dúvida a ser dirimida concerne à diferença entre *imutabilidade* e *estabilidade*.

De fato, há que se reconhecer que se tratam de fenômenos distintos, sendo o primeiro deles típico, apenas, da coisa julgada material. Aliás, é sintomático que o novo CPC atualmente empregue o termo *estável*, sem jamais falar em *imutabilidade* ou, muito menos, de *coisa julgada* (como fazia o anteprojeto da lavra de Ada Pellegrini Grinover em 1997[21] e aquele elaborado pelo IBDP e examinado pelo Senado Federal entre 2005 e 2007[22]).

O Anteprojeto do novo CPC já havia recusado a formação de coisa julgada material ao dispor expressamente em seu art. 293 que "[a] decisão que concede a tutela não fará coisa julgada[23], mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes". A redação permaneceu intacta no texto aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010 (art. 284, §2º).

Via-se claramente que, tal qual redigido pelo Senado, o dispositivo aqui em foco criava mais uma hipótese de "tutela sumária definitiva"[24], assim entendida como aquela que, em contraposição à "tutela sumária provisória", tem eficácia plena independentemente de ulterior confirmação por sentença proferida com base em cognição exauriente[25] (cujo exercício, aliás, passa a ser meramente facultativo e eventual, atrelado à provocação do réu, por meio de um processo autônomo). Contudo, não se via na hipótese vertente uma verdadeira hipótese de *imutabilidade*, pela ausência de *coisa julgada material*, ainda reservada para as "sentenças de mérito" (art. 502 do novo CPC).

Sob tal conformação, a técnica da estabilização apresentava indisfarçáveis

---

[21] O anteprojeto elaborado por Ada Pellegrini Grinover em 1997 propunha acrescentar ao art. 273 do CPC em vigor um §8º, com a seguinte redação: "Havendo impugnação, o processo prosseguirá até final julgamento. Não havendo impugnação, ou sendo julgada inadmissível pelo juiz, o provimento antecipatório converter-se-á em sentença de mérito, sujeita a apelação se, efeito suspensivo, ficando o réu isento de custas e honorários advocatícios se não a interpuser. (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de processo*, n. 86, p.191).

[22] O PLS nº 186/2005 previa a inserção do art. 273-B cujos §§1º e 2º eram assim redigidos: "§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão. § 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida". Já o art. 273-C projetado dispunha o seguinte "Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito. *Parágrafo único.* Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida" (Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de processo*, n. 121, p.35-37).

[23] Aqui é evidente a inspiração do art. 488.1 do CPC francês: "L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée".

[24] Cf., *v.g.*, José Roberto dos Santos Bedaque (Estabilização das tutelas de urgência. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), p.663).

[25] A essa altura, é ocioso descrever os conceitos de "cognição exauriente" e de "cognição sumária", bastando referir a obra clássica de Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p.120-131).

semelhanças com aquela empregada no processo monitório[26-27]. Nele, o juiz exerce cognição sumária acerca da prova escrita sem força de título executivo exibida com a peça inicial e, com base nela, determina a expedição de mandado para pagamento. Se o réu não opõe embargos, o mandado inicial se converte em título executivo judicial, de modo que o autor poderá iniciar a execução forçada independentemente de ulterior decisão fundada em cognição exauriente que confirme a decisão inicial fundada em cognição sumária. Se, por outro lado, o réu opõe embargos, passa-se a observar o procedimento comum, que resultará numa sentença final proferida mediante exercício de cognição exauriente. Segundo a maioria da doutrina pátria, não se forma coisa julgada no processo monitório[28], permitindo-se que o réu possa eventualmente discutir em ulterior processo a mesma relação jurídica[29].

Contudo, durante a tramitação do projeto na Câmara inseriu-se um novo elemento que precisa ser cuidadosamente analisado. Refiro-me à limitação temporal para o ajuizamento de ação pleiteando a revisão da decisão concessiva de tutela provisória estabilizada (2 anos, *ex vi* do art. 304, §5º).

Essa alteração traz uma evidente dificuldade teórica, pois não explica se, após o transcurso do biênio, forma-se ou não coisa julgada material.

Ainda assim, entendo que não há coisa julgada.

Para se chegar a essa conclusão, constato, primeiramente, que o §1º do art. 304 preceitua que a estabilização da tutela provisória produz após a "extinção do processo", sem informar se *com* ou *sem* resolução de mérito. O art. 487 (que basicamente reproduz as hipóteses do art. 269 do CPC vigente) não inclui essa hipótese, ao passo que o art. 485 (equivalente ao atual art. 267) poderia abarcar a situação em seu inciso X (que torna o dispositivo meramente exemplificativo ao nele incluir os "demais casos prescritos neste Código"). Assim, é mais fácil encaixar essa situação nas hipóteses de sentenças terminativas, o que afastaria o art. 502 (que reserva a formação da coisa julgada material à sentença de mérito).

---

[26] Atualmente regulada pelos arts. 1.102-A a 1.102-C do CPC vigente, com redação dada pela Lei nº 9.079/95 e que a redação do novo CPC, em linhas gerais, com poucas diferenças, preserva em seus arts. 700 a 702.

[27] A aproximação entre as hipóteses é há tempos exaltada. Basta destacar que Ada Pellegrini Grinover a invocou ao elaborar seu primeiro Anteprojeto, em 1997 (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de processo*, n. 86, p. 191-195) e, recentemente, foi ressaltado por Eduardo Talamini (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p. 13-34).

[28] Cf., *v.g.*, Eduardo Talamini (*Tutela monitória*, p. 92-104) O principal argumento extraído de tal lição doutrinária é o de que a cognição exercida pelo juiz para conversão do mandado monitório em título executivo foi meramente superficial. Acrescente-se ainda que, se o réu move embargos e eles são julgados improcedentes, há decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, passível de coberta pela coisa julgada material e atacável por ação rescisória. Logo, seria inaceitável que, sem nenhuma decisão fundada em cognição exauriente, houvesse imutabilidade "total" (isto é, inapta ao ataque via ação rescisória).

[29] Apesar das semelhanças, há três claras diferenças entre a técnica monitória e a técnica da estabilização: (a) a desnecessidade de demonstração de urgência para manejo do processo monitório; (b) no processo monitório, a efetivação da decisão sumária ocorre apenas após a estabilização, ao passo que na da tutela antecipada sua eficácia é liberada mesmo antes da estabilização; e (c) a desnecessidade de prova escrita de obrigação líquida e certa para pleitear a tutela antecipada urgente satisfativa em caráter antecedente (embora seja difícil imaginar que o autor convença o juiz da probabilidade de seu direito sem qualquer prova escrita).

Em segundo lugar, há que se reconhecer que a coisa julgada material não tem apenas uma função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado, como dispõe o art. 304, §5º), mas igualmente uma função positiva (isto é, a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes[30]). A decisão estabilizada não parece ter essa feição positiva[31]. Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma *estabilidade qualificada* pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a *imunidade* pela inexistência de uma feição positiva[32].

No mais, parece mais acertado reconhecer que a explicação para esse fenômeno repousa no instituto da "decadência" (tal como ocorre quando se trata da ação rescisória, *ex vi* do art. 495 do CPC vigente e art. 975 do novo CPC[33]), de modo que a extemporaneidade da demanda promovida com base no art. 304, §2º, levaria à extinção do feito com fundamento no art. 487, II.

4. Outros Dez Pontos Problemáticos

4.1. Se o Réu Apenas se Defende (mas Não Recorre) e Apresenta Eloquentes Elementos Fático-probatórios Contrários à Tese do Autor, o Juiz está Obrigado a Extinguir o Processo?

É possível cogitar da situação em que o réu, embora tenha transcorrido *in albis* o prazo para recorrer da decisão concessiva de tutela provisória "estabilizável", apresentou defesa munida de elementos de convicção relevantes e convincentes, que desmentem a tese do autor tida liminarmente como provável. A questão que se coloca, nesse caso, é se o juiz está obrigado a extinguir o feito e estabilizar a tutela sumária ou se poderia eventualmente revogá-la à luz do aprofundamento da cognição oportunizado pela defesa do réu.

Um dos possíveis parâmetros para solução dessa questão seria o processo monitório, em que a ausência de embargos por parte do réu implica de maneira "automática" (isto é, sem novo exercício de cognição) a abreviação do procedimento. Esse entendimento funda-se no disposto no art. 1.102-C, *caput*, do CPC, segundo o qual a constituição do mandado monitório em título executivo judicial se dá "de pleno direito"[34].

---

[30] Conforme ensina, por todos, Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p.64 ss.).

[31] Para explicar essa afirmação, pode-se recorrer a uma das fontes de inspiração do projeto, isto é, a comma 9 do art. 669-octies do CPC italiano que estabelece que "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

[32] A situação em muito se equipararia à chamada *preclusão "pro judicato"*, instituto cunhado por Redenti justamente para explicar alguns fenômenos de imunização semelhantes à coisa julgada, mas menos intensos que ela. Confiram-se, a propósito, *Profili pratici di diritto processuale civile*, p. 135; *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 71-72; v. 3, p. 25-26 e 41-45 etc.

[33] Esse entendimento explica-se à luz da constatação de que a demanda movida com esteio no art. 302, §2º, terá eficácia *desconstituva* da decisão antecipatória aproximando-se, por isso, da hipótese de ação rescisória, cujo prazo para propositura é *decadencial* (*v.g.* STJ, REsp 1165735/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão), ainda que se prorrogue até o primeiro dia útil subsequente caso o termo *ad quem* caia em dia sem expediente forense (*e.g.*, AgRg no Resp 747.308/DF,Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

[34] Esse nos parece ser o entendimento prevalecente na doutrina. Confira-se, por todos, Talamini (*Tutela*

Contudo, não nos parece haver base legal para aplicar à técnica da estabilização a mesma solução. Ao contrário, o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo *ex vi* do art. 304, §1º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz "de mãos atadas" diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu.

4.2. A Antecipação Parcial de Tutela é Passível de Estabilização?

O art. 304 foi redigido tendo-se claramente em conta a hipótese em que a antecipação de tutela estabilizável for total: ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue o processo como um todo e a decisão se estabiliza.

Ocorre que as situações podem se mostrar bem mais complexas, face à possibilidade de concessão de tutela antecipada parcial como na hipótese de o juiz deferir apenas uma parcela do pedido do autor (p. ex.: o autor pede alimentos provisórios de $ 10 e o juiz concede $ 8) ou no caso de o autor formular dois pedidos, em cumulação simples, e o juiz antecipar apenas um (p. ex.: a vítima de ilícito extracontratual pede liminarmente o custeio de tratamentos médicos urgentes e uma pensão mensal, mas o juiz defere liminarmente apenas a segunda providência). Considerando-se que o sistema projetado amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial de mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente. Há, decerto, o risco de a decisão final ser desfavorável ao autor, e se produzir certa contradição com a decisão antecipatória estabilizada. Mas trata-se de mera contradição lógica (não jurídica) que é assumida como natural pelo sistema todas as vezes em que não há o *simultaneus processus*. Também haveria de se cogitar – como faz Talamini[35] – na hipótese análoga em que o recurso for parcial, o que provocará a estabilização nos limites da matéria não atacada pelo recurso.

O problema se agrava em se tratando de acolhimento do pedido subsidiário de tutela antecipada. Pense-se no exemplo do autor que, alegando-se proprietário de um imóvel, pede, em caráter principal, a imissão provisória na posse e, em caráter subsidiário, que o réu seja obrigado a reconstruir parte do imóvel que foi demolida. Se o juiz deferir a segunda providência e o réu não recorrer, persiste o interesse do autor no prosseguimento do processo para análise do pedido principal em sede de cognição exauriente, cuja improcedência – ao reconhecer que o autor não tem direito sobre o bem – prejudicará a antecipação do pedido subsidiário de tutela. Nesse caso, entendo que a estabilização não poderia ser aplicada.

---

monitória, passim).

[35] Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p. 29-30.

4.3. A Estabilização Pode Ocorrer no Tocante a Direitos Indisponíveis?

Não há como negar certas semelhanças entre a estabilização da tutela antecipada e o julgamento antecipado da lide fundado no art. 330, II, do CPC (art. 355, II, do novo CPC). Em ambos os casos abrevia-se o procedimento em função da inércia do réu (no primeiro caso, em recorrer da decisão antecipatória; no segundo, em se defender) e se cominam consequências negativas em face do descumprimento de um ônus processual imposto ao réu. Ocorre que a técnica do julgamento antecipado é afastada quando, malgrado ausente a defesa do réu, o legislador ressalvou a aplicação dos efeitos da revelia (art. 320 c.c. art. 324 do CPC vigente e arts. 345 e 348 do novo CPC). Penso que a mesma lógica deva pautar a aplicação da técnica da estabilização: se inaplicável o efeito da revelia – com todas as dificuldades inerentes à aplicação do art. 320 do CPC em vigor, e que persistirão à luz do art. 345 do novo CPC[36] – a estabilização não pode ocorrer[37].

4.4. A Estabilização se Aplica Quando se Trata de Antecipação em Favor do Réu?

Pelas premissas assentadas no item 2, a técnica da estabilização se aplica exclusivamente ao autor, que pode romper originariamente a inércia da jurisdição para pedir em caráter antecedente apenas a tutela provisória urgente satisfativa.

Chego a essa conclusão mesmo sem considerar que os arts. 303 e 304 referem-se apenas ao "autor", pois considero tal dado irrelevante. À luz da isonomia processual e do contraditório, hão de ser equiparados, tanto quanto possível, os poderes exercitáveis por ambos os sujeitos processuais[38]. Não é porque o texto legal atribui apenas ao autor um determinado poder que, automaticamente, se excluiria seu exercício pelo réu.

Contudo, ainda assim, a lume das conclusões alcançadas no item 2, *supra,* a técnica da estabilização se mostra inaplicável ao réu pois em todas as hipóteses em que pedir antecipação de tutela em face do autor, o fará necessariamente em caráter incidental (e não antecedente).

4.5. Quando da Estabilização da Tutela Antecipada, há Condenação a Verbas Sucumbenciais?

Ante o silêncio do novo CPC a esse respeito, a solução exige algum esforço de interpretação, que há de recair sobre dois elementos. O primeiro é o de que a

[36] Desponta particularmente evidente o descabimento da estabilização de tutela antecipada deferida em face de incapaz. O sistema não tolera que a inércia do representante legal (pai, mãe, tutor ou curador) traga prejuízos à esfera jurídica do representado.

[37] Assim também entendeu Eduardo Talamini (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p.26).

[38] Essa é a premissa do meu trabalho *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu.

decisão antecipatória, obviamente, nada disporá acerca de responsabilidade pelas verbas sucumbenciais. O segundo é o de que a constatação do juiz de que o réu não interpôs o recurso contra a decisão antecipatória gerará uma sentença terminativa, a partir da qual a decisão antecipatória restará estável. Ora, não há qualquer ressalva no novo CPC no sentido de que essa particular hipótese de sentença terminativa não conteria a fixação da responsabilidade pelas verbas da sucumbência, sendo de rigor reconhecer que o réu será condenado a pagá-las.

Aqui, hei de recusar o paralelo com a ação monitória regulada pelo CPC em vigor. Como é curial, o cumprimento espontâneo do mandado injuntivo pelo réu o isenta da responsabilidade pelo custo do processo (art. 1.102-C, §1º[39]). Trata-se de um incentivo para o réu satisfazer de plano a pretensão do autor (e que, aliás, não é incólume a críticas). Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas de sucumbência.

4.6. A Decisão Estabilizada Sujeita-se à Remessa Necessária?

De todos os problemas postos, talvez seja este o de mais fácil solução. A resposta é evidentemente *negativa*, a começar pelo fato de que o art. 496 do novo CPC delimita o cabimento da remessa necessária para a "sentença (...) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (inc. I) e "que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal" (inc. II). Ora, a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo art. 203, §1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, §1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença não pode ser considerada propriamente proferida "contra" a Fazenda Pública-ré.

De resto, não custa lembrar que essa exata mesma questão permeou a discussão em torno do cabimento da ação monitória em face do Poder Público, tendo a Corte Especial do STJ decidido que "o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações"[40].

4.7. Quais são os Impactos da Superveniência de Ação Autônoma de Impugnação da Tutela Antecipada Estabilizada?

No item 3.1, acima, reconheci que a execução da decisão antecipatória estabilizada se fará em caráter definitivo. Restaria saber se esse regime se alteraria se o réu viesse a manejar a demanda impugnativa a que se refere o art. 304, §5º.

[39] Equivalente ao art. 701, §1º, do novo CPC.
[40] EREsp 345.752/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 207.

Penso que o simples ajuizamento da ação não poderia, por si só, produzir impacto na execução (pois, do contrário, se esvaziaria por completo a já escassa utilidade do instituto aqui em foco). O réu do primeiro processo teria o ônus de convencer o juiz, em sede de cognição sumária, a antecipar tutela para o fim de suspender a execução da decisão estabilizada[41]. O curioso é que essa segunda decisão antecipatória (proferida na demanda impugnativa) também poderia, desde que preenchidos os requisitos acima delineados, se estabilizar. Nesse passo, não posso me furtar de suscitar o argumento *ad terrorem* de que a aplicação da técnica da estabilização na demanda movida com base no art. 304, §5º, poderia se repetir *ad infinitum*... Após uma estabilização a parte afetada poderia vir a juízo e obter tutela antecipada que, por sua vez, se estabilizaria, repetindo-se indefinidamente o ciclo.

4.8. Aplica-se a Estabilização ao Processo Coletivo?

Não tenho qualquer dúvida em responder *negativamente* a essa indagação.

Isso porque a técnica da estabilização pressupõe a possibilidade de que o réu do processo primitivo, contra o qual foi proferida e estabilizada a decisão antecipatória, possa aforar uma nova demanda contra o autor uma demanda pedindo a revisão da decisão. Ou seja, há uma inversão dos polos nos dois processos. Para que tal fenômeno ocorresse no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, seria necessário admitir a ação coletiva passiva – em que os legitimados enunciados pelos arts. 5º da Lei n. 7.437/85 e 82 do CDC – se tornassem réus, o que não parece encontrar respaldo no microssistema de tutela coletiva[42].

4.9. Aplica-se a Estabilização à Ação Rescisória?

Igualmente não vejo outra resposta possível que não a *negativa*.

Para se justificar essa assertiva, é quase ocioso lembrar, de início, que a ação rescisória admite tutela provisória, a fim de estancar a eficácia da decisão rescindenda, seja no sistema atual (art. 489[43]), seja no sistema projetado (art. 969).

Contudo, a ação rescisória não admitirá que o autor opte pela aplicação do regime previsto nos arts. 303 e 304, pois a coisa julgada material – que, em última análise, tem assento constitucional (art. 5.º, XXXVI) – não poderia ceder em face de uma decisão fundada em cognição sumária. Simples assim.

---

[41] Penso que o juiz poderia deferir integralmente tutela antecipada de modo a estancar como um todo a execução da decisão estabilizada, ou proferir um provimento parcial para o fim de converter essa execução em provisória.

[42] O tema ainda é pouco estudado, sendo escassas as manifestações doutrinárias a respeito. Contudo, registro a respeitável opinião contrária de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*Curso de direito processual civil* – processo coletivo, p. 421-436), no sentido de admitir a ação coletiva passiva.

[43] O dispositivo é fruto da Lei nº 11.280/2006, a qual positivou entendimento jurisprudencial largamente dominante anteriormente.

4.10. O que é Tutela Cautelar e o que é Tutela Satisfativa para Fins de Estabilização? Um Problema sem Solução

Não muito tempo depois de a Lei n. 8.952/94 ter reformado o CPC de 1973, multiplicaram-se as dúvidas em torno da classificação de determinados provimentos de urgência no campo da "tutela antecipada" (art. 273) ou da "tutela cautelar" (Livro III). Em que pese a doutrina haver proposto critérios para essa diferenciação (que de fato existe), diversas hipóteses ainda ensejavam dúvidas e discussões as quais, levadas ao Poder Judiciário, poderiam redundar em indevida negativa de tutela jurisdicional (decorrente do indeferimento do pedido de tutela urgente, face ao entendimento de que a via processual eleita foi inadequada). Ocorrem-me em particular os exemplos da separação de corpos e da sustação de protesto. Havia quem afirmasse que a separação de corpos apenas acautelava uma situação jurídica, afastando um dos cônjuges do lar conjugal para preservar a integridade física de ambos, sem qualquer ânimo de antecipar (nem mesmo parcialmente) o resultado final da ação de separação judicial. Outros defendiam com "unhas e dentes" que a providência era satisfativa, pois um dos efeitos da separação judicial era justamente a extinção do dever de coabitação. No caso da sustação de protesto, muitos acreditavam que a medida apenas garantia o resultado útil da pretensão principal, notadamente a declaratória de inexistência de relação jurídica cambiária (que, a rigor, por sua natureza só produziria efeitos de certeza mediante formação de coisa julgada material e, portanto, não admitiria antecipação). No entanto, havia quem sustentasse que a providência antecipava um dos efeitos da procedência do pedido declaratório negativo, que seria a supressão do registro público acerca da pendência da dívida. Muitos litigantes tiveram trabalho dobrado para adaptar seus atos postulatórios ao entendimento acolhido por um particular magistrado. Muitos bacharéis em Direito foram reprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil porque a banca examinadora entendia que uma alternativa era certa e outra errada.

Tão grande foi a celeuma, que a Lei n. 10.444/2002 reformou o CPC com o claro propósito de resolvê-la. Refiro-me, como é evidente, ao §7º no art. 273 do CPC, que estatui textualmente a fungibilidade entre os pedidos de tutela cautelar e antecipada[44].

Desde que tal novidade veio a lume, a existência de regimes procedimentais distintos para as duas modalidades de tutela de urgência, apesar de anacrônica e injustificável, tornou-se irrelevante na prática.

Uma das opções acertadas feitas desde o anteprojeto foi a unificação do procedimento para pedir tutela urgente, o que sepultaria de vez qualquer problema prático em torno da dicotomia tutela satisfativa-tutela cautelar (ainda que do ponto de vista teórico continue possível fazer distinções e o próprio novo CPC a consagre, conforme se viu do item 2.1, *supra*).

[44] Como é curial, os estudiosos e os tribunais reconheceram, desde logo, que fungibilidade seria "de mão dupla".

Pois não é que a técnica da estabilização cria novo problema prático em torno dessa dicotomia e reaviva as discussões em torno dela? Ao limitarem o cabimento dessa técnica à tutela provisória satisfativa[45] (vide item 2.1, supra), os arts. 303 e 304 trarão à tona discussões teóricas que há mais de dez anos se tornaram despiciendas. Afinal, haverá autores que pedirão tutelas provisórias de urgência em caráter antecedente e autônomo, invocando os arts. 303 e 304 sob o entendimento de que a providência é satisfativa e haverá juízes que entenderão o contrário e se negarão a estabilizar a decisão concessiva sob o fundamento de que a providência é meramente cautelar. E o recurso que o réu deixou de interpor será substituído por outro a ser manejado pelo autor para insistir na natureza satisfativa do provimento e na necessidade de sua estabilização. Preparem-se os juízes, advogados, membros do MP e defensores para resgatar a vasta (e um tanto empoeirada) literatura produzida entre 1994 e 2002 para diferenciar as duas modalidades de tutelas sumárias... Esse é, a meu ver, o único problema aqui cogitado que não tem solução adequada. A distinção entre as duas figuras existe e, mais, é útil. Contudo, diante da constatação evidente de que gera fundadas dúvidas, não deveria se instituir novamente uma dicotomia procedimental que o novo Código pretendia eliminar.

5. Balanço Crítico

Analisar apenas um texto recém aprovado de uma lei oferece enormes riscos e dificuldades, a começar pela ausência de produção doutrinária sobre os dispositivos comentados e, principalmente, a inexistência de aplicação prática no foro.

Os problemas práticos aqui ventilados decorrem de um certo exercício de futurologia. É possível que alguns dos problemas suscitados se revelem irrelevantes, e que surjam outros aqui não cogitados. É, de resto, provável que o diálogo acadêmico em torno das novidades legislativas indique soluções diferentes daquelas aqui propostas.

Mas é difícil deixar de vaticinar que a aplicação concreta da proposição legislativa aqui examinada trará mais dificuldades e dúvidas do que benefícios. Trata-se de técnica importada de sistemas em que a abreviação do procedimento em face da inércia do réu se revela excepcional, de tal modo que se torna necessário criar meios de antecipar o início da execução[46]. O nosso sistema já tem meios

[45] Eduardo Talamini, no já referido ensaio publicado em 2012 intitulado (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p. 15), antecipou esse problema. Naquela oportunidade, o eminente processualista analisou a técnica da estabilização à luz da versão do projeto aprovada pelo Senado, o qual incluía as duas categorias de tutelas urgentes (satisfativa e cautelar). Por isso mesmo registrou que "o regime único proposto pelo Projeto de novo Código de Processo Civil se não elimina, torna irrelevantes essas disputas" (em torno da classificação de determinadas providências entre as categorias "tutela cautelar" e "tutela satisfativa"). Contudo, ao final, o autor reconheceu que a limitação da incidência da técnica a uma das modalidades acarretaria "multiplicação das disputas acerca da classificação das medidas urgentes" (idem, p. 33). Pois é exatamente o que vai ocorrer.

[46] De fato, naqueles sistemas, a ausência de defesa do réu não implica (como nos Códigos brasileiros vigente e projetado – arts. 319 e 344, respectivamente) a presunção de veracidade dos fatos alegados

adequados para tanto, em especial o julgamento antecipado da lide fundado no art. 330, II, do CPC de 1973 (repetido no art. 355, II, do novo CPC)[47].

De outro lado, a proposta baseia-se numa suposição de que as partes se contentariam com a tutela sumária estabilizada. Mesmo que houvesse algum levantamento estatístico acerca da frequência de recursos contra decisões antecipatórias de tutela – e não me consta haver – tal dado não serviria para justificar a inclusão dessa técnica em nosso ordenamento. Primeiro, porque é possível que alvitrar que a inserção da técnica incentivaria muitos réus a interpor recurso, para evitar as graves consequências hoje não existentes. Segundo, porque não sabemos se as partes se contentarão com uma tutela sumária "estável", mas não "imutável"[48].

O presente ensaio, conscientemente, propôs uma interpretação restritiva das hipóteses de cabimento da técnica de estabilização, por entender que é preferível mitigá-la a fim de evitar maiores problemas de ordem sistemática. Se os tribunais vierem a adotar diretriz similar, é possível que os problemas acima noticiados passem despercebidos, e a técnica permanecerá no Código como algo inofensivo, mas desnecessário.

Referências Bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos, *Temas de direito processual – oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1-14.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (Livre-docência em Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover,* Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005, p.660-683.

BONATO. Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese*. *La tutela somaria in Europa* – Studi, Antonio Carratta *(*org.), Napoli: Jovene, 2012, p.35-76.

pelo autor e, consequentemente, não dispensa o juiz de abrir instrução probatória (aqueles sistemas não conhecem o julgamento antecipado previsto no art. 330, II, do CPC vigente e art. 355, II, do projeto). Daí porque italianos e franceses se esmeram em criar meios mais céleres de formação de título executivo judicial (o que ajuda a explicar o propalado "sucesso" da tutela monitória naqueles países). No nosso sistema, não faria muito sentido acolher a mesma solução. A gravidade dos efeitos da revelia e a possibilidade de julgamento antecipado da lide – previstos no CPC de 1973 e mantidos no CPC projetado – tornam menos úteis e necessárias técnicas processuais baseadas na inércia do réu e destinadas a abreviar o *iter* procedimental a ser percorrido para que seja possível dar início à execução. Penso não ser outra a razão de a ação monitória não desempenhar entre nós papel relevante. A técnica da estabilização vive sob esse mesmo risco de se tornar um instrumento sem maior utilidade.

[47] Penso ter o legislador caído em um dos "mitos" a que alude Barbosa Moreira em ensaio publicado há dez anos (O futuro da justiça: alguns mitos, *Temas de direito processual – oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004 p. 7-10), qual seja, a "supervalorização de modelos estrangeiros".

[48] Para outras incisivas críticas à técnica, confira-se o já indicado texto de Eduardo Talamini (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p. 31-34).

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 7. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1992, v.3.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*, 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil* – Processo coletivo, 7. ed., atual. Salvador: Juspodium, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de processo*, n. 86, v.22, abr.-jun./1997, p. 191-195.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *Revista de processo*, n. 121, v.30, mar./2005, p. 11-37.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1.

_____. _____. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3.

_____. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, v. 37, p. 13-34, jul/2012.

_____. *Tutela monitória* – a ação monitória (Lei 9.079/95. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.

A Constitucionalidade do Processo Administrativo Disciplinar dos Membros do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard*

Sumário

I – Introdução. II – Da Legislação. 2.1 – A Constituição Federal. 2.2 – A Lei Orgânica do Ministério Público da União. 2.3 – A Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados. 2.4 – O Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. III – Da Doutrina. IV – Da Jurisprudência. V – A Situação em cada Ministério Público. VI – Conclusão.

I – Introdução

O Processo Administrativo Disciplinar, mais conhecido como PAD, destinado a apurar as infrações disciplinares e a aplicar as sanções administrativas aos membros do Ministério Público é o principal instrumento de investigação e de punição dos Corregedores-Gerais.

Ultimamente tem aumentado as arguições de inconstitucionalidade dos Processos Administrativos Disciplinares nas defesas dos membros do *Parquet* indiciados, sob a alegação de que o Corregedor não poderia imputar a falta disciplinar e aplicar a sanção administrativa, sob pena do processo ser inquisitório.

Tal tese ganhou guarida no Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP no julgamento dos Embargos de Declaração nº 0.00.000.000100/2010-16 em Revisão de Processo Disciplinar, sendo Embargante o Ministério Público do Estado de São Paulo e Embargado o CNMP, onde no voto do Conselheiro Relator Cláudio Barros Silva constou que o PAD previsto na LOMPSP violaria os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa do art. 5º, incisos LIV e LV da CF, tendo sido alterada sua Lei Orgânica Estadual neste particular.

Assim sendo, visando prevenir futuras nulidades de punições aplicadas pelos Corregedores-Gerais por inconstitucionalidades de PADs, merece ser discutido esse importante tema institucional.

* Procurador de Justiça. Corregedor-Geral do MPRJ.

II – Da Legislação

2.1. A Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 (CF) dispõe sobre o Ministério Público em seus artigos 127 a 130-A, destacando-se:

> "Art. 128 – O Ministério Público abrange:
>
> I – o Ministério Público da União que compreende:
>
> a) o Ministério Público Federal;
>
> b) o Ministério Público do Trabalho;
>
> c) o Ministério Público Militar;
>
> d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
>
> II – os Ministérios Públicos dos Estados.
>
> (...)
>
> § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público...
>
> (...)
>
> Art. 130-A. (...)
>
> 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:
>
> IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
>
> § 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:
>
> I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, realtivas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;
>
> § 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público."

Assim sendo, de acordo com a CF, temos hoje 30 (trinta) Ministérios Públicos, sendo 4 (quatro) deles da União (Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) e 26 (vinte e seis) deles dos Estados, regulados por leis complementares federal e estaduais, de iniciativa dos seus respectivos Procuradores-Gerais.

Logo, temos também 30 (trinta) Corregedorias-Gerais, sendo 4 (quatro) delas dos citados ramos do Ministério Público da União (MPU) e 26 (vinte e seis) delas dos Ministérios Públicos dos Estados, além do Corregedor Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

Da mesma forma, há 30 (trinta) Ouvidorias, sendo 4 (quatro) delas Ouvidorias Federais dos ramos do MPU e 26 (vinte e seis) delas Ouvidorias Estaduais.

2.2. A Lei Orgânica do Ministério Público da União

A Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU (Lei Complementar Federal nº 75/93) dispõe sobre as Corregedorias dos seus quatro ramos.

A Corregedoria do Ministério Público Federal é tratada nos artigos 63 a 65 da LCF 75/93, competindo ao Corregedor-Geral do MPF, nos termos do art. 65, incisos II e III:

> "Art. 65 Compete ao Corregedor-Geral do Ministério Público Federal:
>
> I. (...)
>
> II. realizar, de ofício, ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios;
>
> III. instaurar inquéritos contra integrantes da carreira e propor ao Conselho Superior a instauração de processo administrativo consequente;"

A Corregedoria do Ministério Público do Trabalho é tratada nos artigos 104 a 106 da LCF 75/93, incumbindo ao Corregedor-Geral do MPT, nos termos do art. 106, incisos II e III:

> "Art. 106 Incumbe ao Corregedor-Geral do Ministério Público:
>
> I. (...)
>
> II. realizar, de ofício, ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios;
>
> III. instaurar inquéritos contra integrantes da carreira e propor ao Conselho Superior a instauração de processo administrativo consequente".

A Corregedoria do Ministério Público Militar é tratada nos artigos 137 a 139 da LCF 75/93, incumbindo ao Corregedor-Geral do MPM, nos termos do art. 139, incisos I e II:

> "Art. 139 Incumbe ao Corregedor-Geral do Ministério Público:
>
> I. realizar, de ofício, ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios;
>
> II. instaurar inquéritos contra integrantes da carreira e propor ao Conselho Superior a instauração de processo administrativo consequente;".

Por fim, a Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é tratada nos artigos 172 a 174 da LCF 75/93, competindo ao Corregedor-Geral do MPDFT, nos termos do art. 174, incisos II e III:

> "Art. 174 Compete ao Corregedor-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:
>
> I. (...)
>
> II. realizar, de ofício, ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios;
>
> III. instaurar inquéritos contra integrantes da carreira e propor ao Conselho Superior a instauração de processo administrativo consequente".

A LCF 75/93 estabelece cinco tipos de sanções aplicáveis aos membros do MPU, em seu art. 239, a saber:

> "Art. 239 Os membros do Ministério Público são passíveis das seguintes sanções disciplinares:
>
> I. advertência;
>
> II. censura;
>
> III. suspensão;
>
> IV. demissão; e
>
> V. cassação de aposentadoria ou de disponibilidade."

Em seu art. 242, a LCF 75/93 trata do Processo Administrativo Disciplinar da seguinte forma:

> "Art. 242 As infrações disciplinares serão apuradas em processo administrativo; quando lhes forem cominadas penas de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, a imposição destas dependerá, também, de decisão judicial com trânsito em julgado."

Quanto à aplicação das penas, dispõe a LCF 75/93, em seu art. 243, a competência do Procurador-Geral de cada ramo do MPU nos seguintes casos:

> "Art. 243 Compete ao Procurador-Geral de cada ramo do Ministério Público da União aplicar a seus membros as penas de advertência, censura e suspensão."

A sindicância é tratada no art. 246 da LCF 75/93, da seguinte forma:

> "Art. 246 A sindicância é procedimento que tem por objeto a coleta sumária de dados para instauração, se necessário, de inquérito administrativo."

Por sua vez, o inquérito administrativo é regulado pelos artigos 247 a 251 da LCF 75/93, nos seguintes termos:

> "Art. 247 O inquérito administrativo, de caráter sigiloso, será instaurado pelo Corregedor-Geral, mediante portaria, em que se designará comissão de três membros para realizá-lo, sempre que tomar conhecimento de infração disciplinar.
>
> § 1º A comissão, que poderá ser presidida pelo Corregedor-Geral, será composta por integrantes da carreira, vitalícios e de classe igual ou superior à do indiciado.
>
> (...)
>
> Art. 251 A comissão encaminhará o inquérito ao Conselho Superior, acompanhado de seu parecer conclusivo, pelo arquivamento ou pela instauração de processo administrativo."

Já o processo administrativo está previsto nos artigos 252 a 261 da LCF 75/93, da seguinte maneira:

> "Art. 252 O processo administrativo, inaugurado por decisão do Conselho Superior, será contraditório, assegurada ampla defesa ao acusado.
>
> § 1º A decisão que instaurar processo administrativo designará comissão composta de três membros, escolhidos dentre os integrantes da carreira, vitalícios, e de classe igual ou superior à do acusado, indicará o presidente e indicará os motivos de sua constituição.
>
> (...)
>
> Art. 258 Decorrido o prazo para razões finais, a comissão remeterá o processo, dentro de 15 dias, ao Conselho Superior, instruído com relatório dos seus trabalhos.
>
> Art. 259 O Conselho Superior do Ministério Público, apreciando o processo administrativo, poderá:
>
> I. determinar novas diligências...;
>
> II. propor seu arquivamento ao Procurador-Geral;
>
> III. propor ao Procurador-Geral a aplicação de sanções que sejam de sua competência;
>
> IV. propor ao Procurador-Geral da República o ajuizamento de ação civil para:
>
> a) demissão de membro do Ministério Público da União ... ;
>
> b) cassação de aposentadoria ou disponibilidade."

Assim, vê-se que há um modelo federal de PAD, previsto na LOMPU, para os quatro ramos do Ministério Público da União, pelo qual os Corregedores-Gerais do MPF, do MPDFT, do MPM e do MPT instauram apenas sindicâncias e/ou inquéritos administrativos contra seus membros, designando uma Comissão Processante para instruí-los, podendo presidi-la, e encaminham o inquérito ao seu Conselho Superior, com parecer conclusivo pelo arquivamento ou pela instauração de PAD, cabendo a este órgão colegiado de cada ramo do MPU arquivá-lo ou instaurar o PAD, designando uma Comissão Processante para instruí-lo, e aos respectivos Procuradores-Gerais aplicar as sanções disciplinares, com base no relatório da comissão aprovado pelo correspondente CSMP.

2.3. A Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP (Lei Federal nº 8.625/93) trata da Corregedoria-Geral dos Ministérios Públicos estaduais em seus artigos 16 a 18, fixando em seu art. 17, dentre suas atribuições, as seguintes:

> "Art. 17 A Corregedoria-Geral do Ministério Público é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições:
>
> (...)
>
> V. instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membros da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis, na forma da Lei Orgânica;
>
> VI. encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça os processos administrativos disciplinares que, na forma da Lei Orgânica, incumba a este decidir".

Pelo artigo 80 da citada Lei 8.625/93, aplicam-se subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União (LCF 75/93), que por sua vez, em seu art. 287 diz que se aplicam subsidiariamente aos seus membros as disposições gerais referentes aos servidores públicos, respeitadas as normas especiais da LOMPU.

Assim sendo, vê-se que ao contrário da Lei Orgânica do MPU, a LONMP não definiu um modelo de PAD para os Ministérios Públicos estaduais, fixando apenas que os Corregedores-Gerais dos Estados poderão instaurar processo disciplinar contra seus membros, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis, na forma de cada lei orgânica estadual, podendo aplicar-se subsidiariamente a LCF 75/93 (LOMPU) e as leis federais nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Civis da União) e nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), bem como as leis estaduais dos servidores públicos civis, naquilo em que não contrariar as respectivas normas especiais estatutárias ministeriais.

2.4. O Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público

O novo Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, aprovado pela sua Resolução nº 92, de 13/03/2013, trata da Corregedoria Nacional do MP em seus artigos 15 a 18, destacando-se dentre as competências do Corregedor Nacional:

> "Art. 18 Além de outras competências que lhe sejam conferidas por lei ou por este Regimento, ao Corregedor Nacional compete:
>
> I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;
>
> IV – determinar o processamento das reclamações que atendam aos requisitos de admissibilidade e arquivar, sumariamente, as anônimas ou aquelas manifestamente improcedentes ou

> desprovidas de elementos mínimos para sua compreensão, dando ciência ao interessado;
>
> V – propor ao Plenário a avocação ou a revisão de procedimentos acompanhados por reclamações disciplinares instauradas na Corregedoria Nacional, quando discordar, respectivamente, do trâmite ou das conclusões;
>
> VI – instaurar sindicância de ofício ou, quando houver indícios suficientes de materialidade e autoria da infração, processo administrativo disciplinar, observado o disposto no § 2º do artigo 77 deste Regimento;
>
> XVI – delegar aos demais Conselheiros, membros auxiliares ou servidores expressamente indicados, atribuições para a prática de procedimentos específicos."

O mesmo Regimento Interno do CNMP também dispõe sobre a Reclamação Disciplinar e a Sindicância em seus artigos 74 a 86, da seguinte forma:

> "Art. 74 A reclamação disciplinar é o procedimento investigativo de notícia de falta disciplinar atribuída a membro ou servidor do Ministério Público, proposta por qualquer interessado, nos termos do artigo 130-A, § 2º, III e § 3º, I, da Constituição Federal.
>
> Art. 76 O Corregedor Nacional poderá notificar o reclamado para prestar informações no prazo de dez dias, podendo ainda realizar diligências para apuração preliminar da verossimilhança da imputação ou encaminhar a reclamação ao órgão disciplinar local, para proceder na forma do artigo 78 deste Regimento.
>
> Parágrafo único. O Corregedor Nacional arquivará de plano a reclamação se o fato narrado não configurar infração disciplinar ou ilícito penal, devendo dar ciência da decisão ao Plenário e ao reclamante.
>
> Art. 77 Prestadas as informações pelo reclamado, decorrido o prazo sem manifestação ou encerradas as diligências, o Corregedor Nacional poderá adotar uma das seguintes providências:
>
> I – arquivar a reclamação, se ocorrer a perda do objeto ou se o fato não constituir infração disciplinar ou ilícito penal;
>
> II – instaurar sindicância, se as provas não forem suficientes ao esclarecimento dos fatos;
>
> III – encaminhar cópia da reclamação ao órgão disciplinar local, para proceder na forma do artigo 78 deste Regimento;

> IV – instaurar, desde logo, processo administrativo disciplinar, se houver indícios suficientes de materialidade e autoria da infração ou se configurada inércia ou insuficiência de atuação, publicando a respectiva portaria;
>
> V – propor ao Plenário a revisão do processo administrativo disciplinar instaurado na origem;
>
> § 4º Instaurado o processo administrativo disciplinar, o feito será encaminhado para distribuição a outro Conselheiro. (Incluído pela Resolução n.º 103/2013).
>
> Art. 79 Informado da medida adotada pelo órgão disciplinar de origem e divergindo de suas conclusões, o Corregedor Nacional poderá:
>
> I – realizar diligências complementares;
>
> II – adotar uma das medidas previstas nos incisos I, II, IV, e V do artigo 77 deste Regimento.
>
> Art. 81 A sindicância é procedimento investigativo sumário destinado a apurar irregularidades atribuídas a membro ou servidor do Ministério Público, com prazo de conclusão de trinta dias, contados da publicação da portaria inaugural, prorrogável, motivadamente, por prazo certo, a juízo do Corregedor Nacional, que disso dará ciência ao Plenário na sessão imediatamente após sua decisão.
>
> Parágrafo único. A portaria de instauração deve conter ainda, sempre que possível, a qualificação do sindicado, a exposição circunstanciada dos fatos e o prazo para conclusão dos trabalhos.
>
> Art. 84 Encerrada a instrução, será elaborado relatório conclusivo, cabendo ao Corregedor Nacional arquivar a sindicância ou instaurar processo administrativo disciplinar, indicando, neste caso, os fundamentos da decisão, a infração cometida e a sanção que entender cabível.
>
> Art. 85 Os autos da reclamação disciplinar e da sindicância serão apensados ao processo disciplinar dela decorrente, como peça informativa da instrução.
>
> Art. 86 Os procedimentos da reclamação disciplinar e da sindicância contra membro do Ministério Público obedecerão ao disposto neste Regimento e, no que couber, ao disposto na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, na Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e na legislação estadual editada com amparo no artigo 128, § 5º, da Constituição Federal, conforme o caso. "

Igualmente, o RI do CNMP regula o Processo Administrativo Disciplinar em seus artigos 88 a 105, da seguinte maneira:

"Art. 88 O processo administrativo disciplinar, em que se assegurarão o contraditório e a ampla defesa, é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade de membro ou servidor do Ministério Público por infração disciplinar.

Art. 89 Decidida a instauração de processo administrativo disciplinar no âmbito do Conselho, o feito será distribuído a um Relator. (Redação dada pela Resolução n.º 103/2013).

§ 1º Competirá ao Relator ordenar, presidir e instruir o processo administrativo disciplinar, podendo delegar a membro ou servidor do Ministério Público a realização de diligências.

§ 2º A portaria de instauração, expedida pelo Corregedor Nacional, no caso do artigo 77, IV, deste Regimento, ou pelo Relator, nos demais casos, deverá conter a qualificação do acusado, a exposição circunstanciada dos fatos imputados, a previsão legal sancionadora e o rol de testemunhas, se for o caso.

Art. 92 O acusado será citado pessoalmente, recebendo cópia integral dos autos em meio digital, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias, contados da citação, para apresentar defesa prévia.

Art. 95 Transcorrido o prazo para defesa prévia, o Relator promoverá a instrução, realizando as diligências necessárias, podendo recorrer à prova pericial.

Art. 98 Concluída a instrução, o Relator promoverá o interrogatório do acusado, que poderá requerer diligências complementares.

Art. 101 Superada a fase de diligências complementares, o acusado terá vista dos autos, por dez dias, para alegações finais.

Art. 102 Transcorrido o prazo, com ou sem a apresentação das alegações finais, o Relator apreciará as provas colhidas e as razões de defesa, elaborando relatório no qual proporá, fundamentadamente, o arquivamento, a absolvição ou a punição do acusado, indicando, neste caso, a pena considerada cabível e seu fundamento legal.

Art. 104 Concluídos os trabalhos, o Relator solicitará a inclusão do feito na pauta de julgamento e enviará cópia integral dos autos, em meio digital, aos demais Conselheiros.

Art. 105 Além das disposições deste Regimento Interno, o processo administrativo disciplinar instaurado no âmbito do Conselho obedecerá, subsidiária e sucessivamente, às disposições da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e 9.784, de 29 de janeiro de 1999."

Vê-se que de acordo com o Regimento do CNMP, o PAD (art. 88) pode ser precedido de Reclamação Disciplinar (art. 74), dirigida ao Corregedor Nacional, ou de Sindicância (art. 77, II e 81), podendo ser instaurado por portaria do Corregedor Nacional ou do Conselheiro Relator (art. 89, § 2º), sendo o membro do MP acusado citado para defesa prévia (art. 92), seguida da instrução (art. 95), do interrogatório do Acusado e das diligências complementares (art. 98, § único), das alegações finais (art. 101), do relatório conclusivo (art. 102) e do julgamento pelo Colegiado (art. 104).

Portanto, o Corregedor Nacional somente acusa, ficando a instrução do PAD a cargo de outro Conselheiro (Relator) e o julgamento a cargo do Pleno do Conselho Nacional do MP.

Registre-se que o CNMP também pode rever, de ofício ou por provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público julgados há menos de um ano, nos termos do artigo 130-A, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal.

III – Da Doutrina

A melhor doutrina sobre o Processo Administrativo Disciplinar se posiciona de forma não uniforme sobre o tema.

Com relação ao Processo Administrativo Disciplinar em geral, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, in Manual de Direito Administrativo, 26ª edição, Atlas, São Paulo, 2013, páginas 771, 987, 992, leciona:

> *"... A responsabilidade administrativa deve ser apurada em processo administrativo, assegurando-se ao servidor o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a maior margem probatória, a fim de possibilitar mais eficientemente a apuração do ilícito...*
>
> *(...)*
>
> *Processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas.*
>
> *(...)*
>
> *Processo disciplinar principal, ou simplesmente processo disciplinar, é todo aquele que tenha por objeto a apuração de ilícito funcional e, quando for o caso, a aplicação da respectiva sanção, seja qual for a expressão adotada para denominá-lo.*
>
> *(...)*
>
> *Como regra, os estatutos submetem a direção e a condução do processo a uma comissão disciplinar, cuja composição e atuação se sujeitam a determinadas condições, também previstas na lei estatutária...*

> *Já deixamos anotado que o processo administrativo disciplinar não tem uma regra única de tramitação. Como figuram nos estatutos funcionais, e estes são resultado do poder de auto-organização das pessoas federativas, o procedimento sofre algumas variações, embora não lhes seja lícito afrontar qualquer mandamento constitucional ou legal..." (destacamos)*

Da mesma forma, REINALDO COUTO, in Curso Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, ao tratar do PAD, às páginas 140/142, 157 e 169/170 aduz que:

> *"O Processo Administrativo Disciplinar pode ser instaurado sem sindicância prévia ou com base em sindicância investigatória ou punitiva.*
>
> *(...)*
>
> *O Processo Administrativo Disciplinar é uma série de atos concatenados, praticados extrajudicialmente pela Administração Pública e pelo servidor público, em contraposição, tendentes a um ato final de aplicação de qualquer das sanções funcionais ou de absolvição.*
>
> *(...)*
>
> *A instauração do Processo Administrativo Disciplinar é feita através de portaria que relata resumidamente os fatos, designa os membros da Comissão (processante) e fixa o prazo de apuração.*
>
> *(...)*
>
> *O Inquérito é a fase posterior à instauração que compreende a instrução, a defesa e o relatório,...*
>
> *(...)*
>
> *Por fim, o Processo Administrativo Disciplinar, com o relatório da Comissão será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento, ficando encerrada a fase de inquérito...*
>
> *Em regra, a autoridade competente para julgamento do processo é a que o instaurou e terá 20 (vinte) dias, a contar do recebimento dos autos, para proferir a sua decisão, porém, se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora, o processo será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo." (grifamos)*

Logo, vê-se que, doutrinariamente, com relação ao PAD em face dos servidores públicos em geral, não há questionamento doutrinário com relação

à constitucionalidade de praxe da mesma autoridade administrativa instaurá-lo, instruí-lo e julgá-lo, sendo esta a regra geral adotada pelas Administrações Públicas Federal, Estadual e Municipal.

Quanto ao PAD em face de membro do MP, igualmente, CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY, in Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, 3ª edição, Lumem Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, página 192, ao discorrer sobre o tema, nada observa sobre a questão da inconstitucionalidade:

> "A responsabilidade administrativa do membro do Ministério Público apurar-se-á sempre através de procedimento disciplinar instaurado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, conforme previsto no artigo, 17, inciso V, da LONMP."

Já HUGO NIGRO MAZZILLI, in Regime Jurídico do Ministério Público, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2001, páginas 606 a 609, levanta a questão da inconstitucionalidade do PAD do MP, afirmando sobre o tema que:

> *"... Quando caiba qualquer sanção a membro do Ministério Público, até mesmo mera advertência, não se dispensam as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, entre as quais: a) não se pode permitir que o órgão que acusa seja o mesmo que julga a imputação; b) o ato acusatório tem de ser instaurado por peça que obedeça aos mesmos requisitos de uma denúncia criminal; c) não se admite punição sob mera invocação do vetusto princípio da verdade sabida, sem regular instrução.*
>
> *(...)*
>
> *Já antecipamos que os poucos dispositivos na área disciplinar que cuida a LONMP, ainda não se livraram do vício do procedimento de ofício, contra o qual cabem as mesmas críticas que temos lançado quando da sua análise sob o aspecto processual penal: não raro a LONMP admite que o indiciado seja absurdamente julgado pelo mesmo órgão que o acusa e que preside a instrução.*
>
> *Causa espécie que o Ministério Público, que tanto lutou contra o teratológico procedimento* ex officio *para os outros, e por isso obteve a privatividade da ação penal pública, dentro do seu seio apure as infrações disciplinares de seus próprios membros por esta forma que tanto condenou.*
>
> *No processo disciplinar, a lei deve atribuir as funções acusatórias a um órgão – p. ex. ao Corregedor-Geral – e as funções decisórias a outro – p. ex. o Procurador-Geral -, sob pena de, não o fazendo, ingressar no*

> *campo da inconstitucionalidade: formulada a acusação pelo próprio Corregedor-Geral do Ministério Público, está criado um impedimento lógico para que o acusador julgue o acusado; admitir o contrário é violar a ampla defesa.*
>
> Não será sem tempo que se deve combater o procedimento de ofício, pois leis assim não podem ter eficácia reconhecida. "(destacamos)

Igualmente, EMERSON GARCIA, in Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 3ª edição, Lumem Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, páginas 461 e 462, ao tratar do tema concorda com Mazzilli:

> *"A Lei Orgânica Nacional não estabelece a sistemática do processo administrativo disciplinar, tendo relegado esta tarefa às leis estaduais. De qualquer modo, deverão ser observados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, comungando a conclusão de Hugo Nigro Mazzilli nos parece ser de duvidosa constitucionalidade uma norma que atribua a um mesmo órgão o poder de iniciar e de decidir o processo disciplinar. Por comprometer a comezinha exigência de imparcialidade do órgão julgador, é incompatível com esse princípio a regra do art.17, V, da Lei nº 8.625/1993..., nos casos em que concentre no Corregedor-Geral as atribuições de instauração e de decisão do processo disciplinar. Ainda que não esteja ele obrigado a concluir pela aplicação de uma sanção e que suas decisões possam ser revistas pelo Colégio de Procuradores (art. 12, VIII, b), é inegável que a prova será produzida em harmonia com as diretrizes e a impressão inicial declinadas na portaria de instauração do processo disciplinar, isto sem olvidar que, não raras vezes, a vaidade pessoal erige-se como verdadeiro óbice ao reconhecimento de um erro."* (grifamos)

Data venia dos doutrinadores acima que defendem tal inconstitucionalidade, um PAD não se confunde com um processo-crime para justificar tal tese, conforme leciona nosso renomado administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em sua citada obra, à página 72, *verbis*:

> "... A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico...
>
> ... Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos...

> O Direto Penal deriva do poder punitivo geral atribuído ao Estado na sua relação com os indivíduos em geral, ainda que no exercício de função pública. Já o direto punitivo funcional se enquadra dentro do Direito Administrativo, e emana da relação entre Administração Pública e os seus servidores, exatamente para preservar a disciplina que deve reinar na organização administrativa..."

Portanto, com relação ao PAD em face de membro do MP parte da doutrina especializada em Ministério Público concorda com a tese de inconstitucionalidade do artigo 17, inciso V, da Lei Federal nº 8.625/93, o qual permite aos Corregedores-Gerais estaduais acusar e julgar seus pares em processos administrativos disciplinares, bem como dos dispositivos das leis orgânicas estaduais que reproduzam esta regra nacional, mas entendemos que esses doutrinadores estão equivocados, pois confundem o processo administrativo com o penal, o que não se pode admitir, como demonstrado acima.

IV – Da Jurisprudência

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o processo administrativo disciplinar de membros do Ministério Público não encontramos julgados específicos sobre a sua inconstitucionalidade, todavia o Supremo editou a Súmula Vinculante nº 5 (A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição), a qual se aplica também ao PAD e encontramos os julgados abaixo que corroboram sua constitucionalidade:

> "... o princípio do promotor natural está ligado à persecução criminal, não alcançando o inquérito, quando, então, ocorre o simples pleito de diligências para elucidar os dados relativos à prática criminosa..." (STF, RHC 93.247, rel. Min. Marco Aurélio).
>
> "... Assiste, ao interessado, mesmo em procedimento de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (CF art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV)..." (STF, RMS 28517, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 01.08.2011).

Anote-se que os deveres funcionais e sanções disciplinares dos membros do MP devem ser estabelecidos somente em legislação própria, conforme também já decidiu o Supremo:

> "... Os deveres funcionais dos membros do Ministério Público encontram-se elencados no art. 129 da Constituição Federal, bem como em seus respectivos estatutos e na respectiva Lei Orgânica Nacional. Não cabe a uma lei estadual, portanto, que pretende regular procedimentos decorrentes de comissões parlamentares, instituir, além de novas atribuições ministeriais, sanções pelo seu descumprimento... " (STF, ADIn 3.041, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 10.11.2011).

Já o Superior Tribunal de Justiça, possui a Súmula nº 343 (É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar), a qual restou superada pela Súmula Vinculante nº 5 do STF *supra*, além de julgados sobre a legalidade de PADs do Ministério Público, dentre os quais destacamos:

> "Administrativo. Mandado de Segurança. Promotora de Justiça. Pena de advertência. Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná. Atribuições. Processo disciplinar. Instauração. Cerceamento de defesa. Indeferimento de prova testemunhal. Inocorrência. Correição ordinária. Investigação sumária.
>
> - A proposta de instauração de processo administrativo deve ser oferecida pelo Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, a quem cabe o efetivo exercício da presidência da comissão processante, nos termos do artigo 97, da Lei Orgânica do Ministério Público daquele Estado.
>
> - Se o artigo 17, I, da Lei Orgânica do Ministério Público assegura ao Corregedor-Geral a realização de correições e inspeções, perde vitalidade a alegação de impedimento para, na qualidade de responsável pela instauração de processo administrativo, integrar a comissão processante.
>
> - Não há cerceamento de defesa se o requerimento de prova testemunhal foi motivadamente indeferido, tendo em vista o caráter protelatório e desnecessário da diligência.
>
> - A sindicância administrativa é meio sumário de investigação das irregularidades funcionais cometidas, desprovida de procedimento formal e do contraditório, dispensando a defesa do indiciado e a publicação do procedimento.
>
> - Instaurado o inquérito disciplinar mediante Resolução contendo a narração dos fatos apurados em procedimento prévio de correição ordinária, o que ensejou a submissão da Promotora de Justiça a Comissão Disciplinar, em que se lhe assegurou o exercício pleno do direito de defesa, reveste-se de legalidade a aplicação da pena

disciplinar de advertência. - Recurso ordinário desprovido."

(RMS 10.872/PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, STJ, julgado em 11/04/2000, DJ 02/05/2000, p. 184).

Assim sendo, tanto a jurisprudência como as Súmulas do STF e do STJ acima citados não abordam a questão específica da inconstitucionalidade da atuação do Corregedor-Geral, enquanto órgão instaurador, instrutor e julgador de PADs, pelo contrário, atestam a sua constitucionalidade e legalidade.

V – A Situação em cada Ministério Público

De acordo com a pesquisa feita pelo Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais sobre o Processo Administrativo Disciplinar dos membros do Ministério Público, a nosso pedido, abrangendo os 30 (trinta) Ministérios Públicos do Brasil, podemos traçar o seguinte quadro nacional:

MINISTÉRIO PÚBLICO	AUTORIZAÇÃO PARA PAD	ÓRGÃO JULGADOR	ÓRGÃO INSTRUTOR	OBSERVAÇÕES
ACRE	N	CSMP	CG	
ALAGOAS	N	CG / PG	CG / CP	
AMAPÁ	S*	PG	CG	*PAD ordinário
AMAZONAS	S	CSMP	CP	
BAHIA	N	CG / PG	CG	
CEARÁ	N	PG	CP	
DISTRITO FEDERAL	S*	PG	CP	*CSMP
ESPÍRITO SANTO	N	PG	CP	
GOIÁS	N	PG	CG	
MARANHÃO	S*	CG	CP	*CSMP
MATO GROSSO	S*	PG	CG	*PAD ordinário
MATO GROSSO DO SUL	N	CG/PG	CG	
MINAS GERAIS	N	PG/CSMP	CP	
PARÁ	N	PG	CG	
PARAÍBA	N	CG / PG / CSMP	SUBCG	
PARANÁ	N	PG	CP	
PERNAMBUCO	N	PG/CSMP	CG	
PIAUÍ	N	PG/CSMP	CG	
RIO DE JANEIRO	S*	CG / PG	CG / CP	*OESP para PAD de Procurador

RIO GRANDE DO NORTE	N	PG / CSMP	CG / CSMP / CPJ	
RIO GRANDE DO SUL	N	CSMP	CG	
RONDÔNIA	S*	CSMP	CP	*CSMP
RORAIMA	N	PG	CG	
SANTA CATARINA	S*	CG/PG	CG	*CPJ para PAD de Procurador
SÃO PAULO	N	PG	CP	
SERGIPE	N	CG/PG	CG/CP	
TOCANTINS	N	PG	CSMP	
MP FEDERAL	S*	PG	CP	*CSMP
MP MILITAR	S*	PG	CP	*CSMP
MP DO TRABALHO	S*	PGJ	CP	*CSMP
TOTAIS = 30 MPs 30 respostas	N= 19 S= 11	PG= 24 CSMP= 9 CG= 8	CG= 16 CP= 15 CSMP= 2 SUBCG= 1 CPJ= 1	
PERCENTUAIS: 100% = 30	N= 63,3% S= 30,6%	PG= 80% CSMP= 30% CG= 26,6%	CG= 53,3% CP= 50% CSMP= 6,6% SUBCG= 3,3% CPJ= 3,3%	
SIGLAS:	N= Não	S= Sim	PG= Procurador-Geral	CG= Corregedor-Geral
OESP= Órgão Especial	CPJ= Colégio de Procuradores de Justiça	CSMP= Conselho Superior do MP	CP= Comissão Processante	SUBCG= Subcorregedor-Geral

Com base na tabela acima, podemos constatar que:

I – Com relação ao Corregedor-Geral depender de autorização de outro órgão para instauração de PAD, dos 30 MPs, em 19 deles (63,3%) não dependem e em 11 deles (30,6%) dependem;

II – Com relação ao órgão do MP que julga o PAD, dos 30 MPs, em 24 deles (80%) é o Procurador-Geral, em 9 deles (30%) é o Conselho Superior e em 8 deles (26,6%) é o Corregedor-Geral;

III – Com relação ao órgão do MP que faz a instrução do PAD, dos 30 MPs, em 16 deles (53,3%) é o Corregedor-Geral, em 15 deles (30%) é uma Comissão Processante, em 2 deles (6,6%) é o Conselho Superior, em 1 deles (3,3%) é o Subcorregedor-Geral e em um outro deles (3,3%) é o Colégio dos Procuradores de Justiça.

VI – Conclusão

Com base no acima exposto, podemos chegar às seguintes conclusões:

5.1- A tese da inconstitucionalidade do processo disciplinar (PAD, Inquérito Disciplinar ou Sindicância Punitiva) instaurado, processado e julgado pelos Corregedores-Gerais, presente, em tese, em 8 dos 30 Ministérios Públicos do Brasil, o que representa 26,6% do total, não deve ser acolhida pelo Ministério Público do Século XXI;

5.2 - As defesas dos membros do Ministério Público processados disciplinarmente ao arguirem como preliminar ou questão prejudicial tal tese confundem o processo penal com o processo administrativo, que não se confundem;

5.3 - No processo penal, onde há uma lide e partes, tem pleno cabimento a exigência da separação entre o órgão acusador (promotor natural) e o órgão julgador (juiz natural), nos termos da garantia constitucional do art. 5º, inciso LIII da CF (ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente);

5.4 - No processo administrativo, onde não há lide, nem partes, o que se exige é a observância do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de recurso, nos termos da garantia constitucional do art. 5º, inciso LV das CF (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), tanto que pela súmula vinculante do STF nº 5 a falta de defesa técnica por advogado no PAD não é inconstitucional;

5.5 - O PAD é um exemplo de autocontrole e autotutela da Administração Pública, com base no poder disciplinar a ela inerente, que é a competência atribuída às autoridades administrativas de hierarquia superior ou aos representantes de órgãos administrativos, de impor penas disciplinares aos servidores sob sua direção ou subordinação pelas faltas cometidas ou pelas transgressões aos deveres funcionais, segundo o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva;

5.6 - Não há que se confundir o PAD, no qual se assegure o contraditório, a ampla defesa e os recursos ao membro do Ministério Público indiciado, com um processo penal e muito menos com um processo inquisitório, como um inquérito civil ou policial, onde não há contraditório, nem ampla defesa e nem recursos assegurados ao investigado;

5.7 - Somente por razões de conveniência e oportunidade dos Ministérios Públicos do Século XXI se deve propor alteração legislativa nas suas Leis Orgânicas para retirar das suas Corregedorias o poder de punir seus pares, via PADs com contraditório, ampla defesa e recursos, sob pena de haver um esvaziamento político-administrativo das suas funções, enquanto órgão da administração superior da Instituição;

5.8 - A mudança legislativa ocorrida no Ministério Público de São Paulo por força do voto de um Conselheiro num processo do CNMP, foi um caso isolado e que não deve levar à unificação dessa situação para todos os Ministérios Públicos do Brasil no século XXI;

5.9 - O PAD instaurado, processado e julgado pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público não é um processo inquisitório, já que nele são assegurados o contraditório, a ampla defesa e os recursos ao membro indiciado;

5.10 - O PAD instaurado, processado e julgado pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público, desde que assegurado o contraditório, a ampla defesa e os recursos ao membro indiciado é legal e constitucional, nos termos da legislação aplicável e da jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

Questões Atuais sobre as Posições do Ministério Público no Processo Civil

Robson Renault Godinho*
Fredie Didier Jr.**

Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público como Legitimado Ordinário e sua Capacidade Postulatória. 3. Ainda a Legitimidade e a Capacidade Postulatória do Ministério Público Estadual: o Problema da Sustentação Oral nos Tribunais Superiores. 4. Limites da Atuação Recursal dos Promotores de Justiça: a Relação com os Procuradores de Justiça. 5. Capacidade Processual do Ministério Público Estadual para Ajuizar Reclamação perante o STF. 6. O Ministério Público no Polo Passivo de uma Relação Jurídica Processual. 7. O Ministério Público na Defesa de Direitos Individuais de Crianças e Adolescentes e a Desnecessidade de Atuação de Curador Especial. 8. Ministério Público Federal e Competência da Justiça Federal. 9. Conflito de Atribuições e Suspensão do Processo. 10. Ministério Público como Assistente Simples. 11. Encerramento.

Resumo

Este texto pretende apresentar algumas questões polêmicas sobre as posições do Ministério Público no processo civil brasileiro.

Riassunto

Questo articolo presenta alcune questioni controverse sulle posizioni del Pubblico Ministero nel processo civile brasiliano.

Palavras-chave

Ministério Público – Processo Civil – Posições processuais – Direito brasileiro.

Parole chiave

Pubblico Ministero – Processo Civile – Posizioni processuali – Diritto brasiliano.

* Pós-doutorando (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Promotor de Justiça (MPRJ).
** Livre-Docente (USP), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA) em Direito Processual Civil. Professor da UFBA. Advogado.

1. Introdução

Para os fins deste trabalho, interessa-nos a compreensão da história recente do Ministério Público brasileiro[1], já que sua formação o torna peculiar, se comparado a Ministérios Públicos de outros países[2].

É interessante observar que o Ministério Público, mesmo após a Constituição de 1988, ainda não é percebido como um personagem multifacetado no processo

[1] Para a formação histórica geral do Ministério Público e/ou para notícias de direito comparado, vale conferir os seguintes estudos, que também trazem outras referências bibliográficas sobre o tema: GARCIA, Emerson. *Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor natural, atribuição e conflito.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. DIAS, Mario. *Ministério Público Brasileiro* (dois volumes). 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. ESTELLITA, Guilherme. *O Ministério Público e o Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. GUIMARÃES, Ary Florencio. *O Ministério Público no Mandado de Segurança*. Curitiba: s/ed., 1959. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como Instrumento de Democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito.* Brasília: Brasília Jurídica, 2003. CAMPOS, Benedicto de. *O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1976. LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público – Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. NERY, Rosa Maria de Andrade. Notas sobre a justiça e o Ministério Público no direito da Alemanha ocidental. *Revista de Processo, nº 47*. São Paulo: RT, julho/setembro de 1987. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no processo civil. *Ministério Público – instituição e processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.). São Paulo: Atlas, 1997. PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América. *Ministério Público – instituição e processo*. Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.). São Paulo: Atlas, 1997. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. *Ministério Público e Afirmação da Cidadania*. São Paulo: s/ed., 1997. COSTA, Eduardo Maia. Ministério Público em Portugal. *Ministério Público II – democracia*. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (coord). São Paulo: Atlas, 1999. SALLES, Carlos Alberto de. *A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. Dissertação de mestrado. USP. 1992. SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. *Ministério Público II – democracia*. José Marcelo Menezes Vigliar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (coord). São Paulo: Atlas, 1999. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995. PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. ALVES, RUFINO e SILVA (org.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. FARIA, ALVES e ROSENVALD (org.). *Temas Atuais do Ministério Público.* 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito:* perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público Resolutivo:* um novo perfil institucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como* Custos Legis. São Paulo: Método, 2007. MOREIRA, Jairo Cruz. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil à Luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público*. Belo Horizonte: mandamentos, 2008. MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público:* organização, representação e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público:* reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2009. ALMEIDA, Gregório Assagra. SOARES JÚNIOR, Jarbas. *Teoria Geral do Ministério Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013; SABELLA, POZZO e BURLE FILHO (coord.). *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2013. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

[2] Além das referências citadas na nota anterior, convém mencionar interessante livro que oferece um panorama comparado: DIAS e AZEVEDO (coord.). *O Papel do Ministério Público:* estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

civil, com toda uma nova dimensão jurídica advinda de diversos textos normativos e da própria prática institucional.

Essa visão restritiva decorre também de certo silêncio da doutrina, que, em linhas gerais, persiste na análise do Ministério Público apenas na tradicional função de *custos legis*, salvo quando se abordam questões envolvendo a legitimidade para ações coletivas.

Se houve evidente modificação do Ministério Público, com necessárias repercussões processuais, a manutenção de uma interpretação "retrospectiva" é incompatível com uma realidade que, se não é exatamente nova, exige um tratamento condizente com tais transformações. Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da Instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a "revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais" [3].

Entretanto, não basta concentrar tintas na legitimidade do Ministério Público para os processos coletivos, se outras dimensões continuam negligenciadas pela doutrina e jurisprudência.

Em suma, nossa intenção é apenas a de registrar alguns pontos que, pelo conteúdo e/ou pelo simbolismo, indicam um caminho para mais bem compreender a complexidade do Ministério Público.

2. O Ministério Público como Legitimado Ordinário e sua Capacidade Postulatória

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Espírito Santo contra ato proferido pelo Conselho Nacional do Ministério Público[4].

Desse julgamento decorrem duas situações especialmente interessantes e que foram acertadamente compreendidas pelo STF: o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa, em nome próprio, de sua esfera jurídica e a aceitação da capacidade postulatória do Procurador-Geral de Justiça para subscrever o mandado de segurança.

O fato de o Ministério Público ser um órgão administrativo e, tradicionalmente, a ele não ser reconhecida personalidade jurídica em nada interferem no ponto. É inegável que ele possui personalidade judiciária e, principalmente, que se trata de ente com esfera e patrimônio jurídicos próprios, o que o torna *sujeito de direitos*.

---

[3] Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

[4] "Mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público. Anulação de ato do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo em termo de ajustamento de conduta. Atividade-fim do Ministério Público estadual. Interferência na autonomia administrativa e na independência funcional do Conselho Superior do Ministério Público do Espírito Santo – CSMP/ES. Mandado de segurança concedido" (STF, 2ª T., MS n. 28.028, Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. em 30.10.2012, DJe-107, public 07-06-2013).

Quando vai a juízo na defesa de situações jurídicas por ele titularizadas, como é o caso, a sua legitimação é ordinária. Sim, ordinária: nem sempre a atuação do MP dá-se na condição de legitimado extraordinário, como se supõe indevidamente. *Esse é o primeiro ponto a ser destacado no julgamento em questão.*

O Ministério Público possui autonomia que lhe confere direitos e deveres, decorrendo daí a capacidade postulatória em caso de ameaça ou violação de sua esfera jurídica[5]. "A teoria dos sujeitos de direito precisa ser repensada, pois não se justifica, pelo exame do direito positivo, que não se reconheça capacidade jurídica a entes a que o ordenamento jurídico atribui aptidão para ter direitos e contrair obrigações, embora não lhes tenha sido atribuída personalidade jurídica", com a possibilidade de haver processos envolvendo órgãos estatais de uma mesma pessoa jurídica e até de um órgão contra em face dessa mesma pessoa jurídica[6].

Assim, pode o Ministério Público ajuizar ação visando, por exemplo, à salvaguarda do princípio da independência funcional, da autonomia administrativa ou do poder de requisição, como, aliás, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça[7].

O caso referido no início do item se amolda perfeitamente ao exposto e já havia sido apontado como exemplo abstrato dessa situação: "outro exemplo que pode ser trazido à colação é o ajuizamento de ação perante o Supremo Tribunal Federal visando a impugnar ato emanado do Conselho Nacional do Ministério Público que exorbite seu balizamento constitucional e interfira indevidamente na autonomia dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Com efeito, no caso de o Colegiado violar a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, o que está longe de ser uma lucubração abstrata, a impugnação do ato perante o Supremo Tribunal Federal deve ser feita diretamente pela Instituição por meio de seu Procurador-Geral, sem a necessidade de intermediação por advogado. Não há nenhum motivo razoável que retire do Ministério Público a capacidade postulatória em situações desse jaez"[8].

A capacidade para ser parte é uma noção absoluta, não significando, porém, que o ente terá necessariamente legitimidade para a causa e capacidade postulatória.

No que se refere ao Ministério Público, é inequívoca sua capacidade para ser parte, restando verificar se nas hipóteses concretas estará presente sua legitimidade para agir e, inexoravelmente, sua *capacidade postulatória*.

---

[5] Em texto clássico, escrito há mais de cinquenta anos, Victor Nunes Leal tratou da personalidade judiciária das câmaras municipais e já afirmava que "sendo, entretanto, um órgão independente do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas consequências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, direitos, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas". (LEAL, Victor Nunes. Personalidade judiciária das câmaras municipais. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 430.)

[6] DIDIER JR. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação:* o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117 e 120.

[7] STJ, MS n. 5.370/DF, j. em 12.11.1997, RSTJ, v.. 107, p. 21.

[8] GODINHO. Robson. Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosenvald (org.). 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 316.

O singular perfil reservado ao Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro provoca algumas perplexidades que comumente ensejam uma reação restritiva da doutrina e da jurisprudência, como no caso da capacidade postulatória. Essa situação jurídica processual, que autoriza a prática de atos postulatórios, é quase sempre automaticamente vinculada ao exercício da advocacia e vislumbra-se certa dificuldade em trabalhar com essa categoria como conceito pertencente à teoria geral do processo[9] e cujos contornos são delineados pelo direito positivo.

No entanto, é indiscutível que o Ministério Público tem capacidade postulatória nos casos em que atua como legitimado extraordinário. Negá-la nos casos em que atua como legitimado ordinário é interpretação contrária à igualdade: afinal, um sujeito de direito teria capacidade postulatória para defender interesses de outrem, mas não a teria para defender os próprios interesses juridicamente tuteláveis. Não bastasse isso, se o Ministério Público não tivesse capacidade postulatória, nesses casos, haveria de, necessariamente, contratar um advogado, situação no mínimo esdrúxula[10].

Uma noção importante, que às vezes é desconsiderada e, assim, provoca alguns equívocos, é a inexistência de monopólio da capacidade postulatória. Esse pressuposto processual não é um instituto pré-normativo, que antecede qualquer construção legislativa ou doutrinária, como se fosse um dado na natureza que deva ser aceito inapelavelmente. Ao revés, trata-se de uma situação jurídica, que é ou não atribuída ao sujeito por razões de política legislativa, não sendo ocioso relembrar que historicamente a capacidade postulatória era outorgada a todos os cidadãos, encontrando-se resquícios dessa época inclusive nos dias de hoje (*habeas corpus*, por exemplo)[11].

Negar capacidade postulatória ao Ministério Público é interpretar o sistema de forma primitiva e rasteira, em nada contribuindo para um sério e denso debate sobre as reais dificuldades envolvendo a atuação da Instituição como órgão agente.

Essa afirmação, a nosso ver, não comporta contraposição séria quando se refere à defesa de direitos individuais indisponíveis, sociais e às prerrogativas institucionais. Entretanto, por ser o Ministério Público um ente dotado de autonomia administrativa, há uma gama de direitos e deveres atrelados à Instituição que são dissociados tanto de suas atividades finalísticas quanto de suas prerrogativas, o que certamente ensejará peculiaridades processuais outras que escapam à finalidade deste texto, cujo propósito é precisamente registrar possibilidades de sua atuação no processo civil.

---

[9] Cf. o estudo em que se parte da Teoria Geral do Direito, de autoria de GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos: *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples:* ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Recife: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), março de 2008, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel. Texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo autor, que pode ser acessado em www.unicap.br/tede/.

[10] Isso não quer dizer que o Ministério Público não possa contratar advogado; não há impedimento para isso, sobretudo se imaginarmos essas situações em que atua como legitimado ordinário, quando a contratação de um parecer, por exemplo, pode ser bem útil.

[11] Cf. SILVA, Fernando Antonio Souza e. *O Direito de Litigar sem Advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 25-39; MADEIRA, Hélcio Maciel França. *História da Advocacia*. São Paulo: RT, 2002.

3. Ainda a Legitimidade e a Capacidade Postulatória do Ministério Público Estadual: o Problema da Sustentação Oral nos Tribunais Superiores

No item anterior, comentamos decisão sobre a legitimidade e a capacidade postulatória do Ministério Público estadual e boa parte do que ali foi escrito se aplica a uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que aponta para uma alvissareira modificação jurisprudencial:

> "1. É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal.
>
> 2. O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça.
>
> 3. Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo.
>
> 4. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como *custos legis*.
>
> 5. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte.
>
> 6. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão. [...]" (AgRg no AgRg no AREsp 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012 – transcrição parcial da ementa).

Registre-se que, em diversas decisões anteriores, considerou-se que apenas o Ministério Público federal poderia atuar perante o STJ (exemplos: AgRg nos EREsp 1162604/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 30/05/2012; AgRg na SLS 828/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe

12.2.2009), o que, além de impor uma heterodoxa subordinação entre os diversos Ministérios Públicos, numa particular interpretação do conceito de unidade institucional, acarretava uma série de embaraços e perplexidades processuais.

Permitia-se ao Ministério Público estadual a interposição de recursos extraordinários, mas, a partir do ingresso dos autos naquele Tribunal Superior, todos os atos processuais se restringiam à iniciativa do Ministério Público federal, ensejando uma relação assimétrica a partir de um desvio de perspectiva na compreensão da legitimidade e das capacidades daquelas instituições[12].

[12] Esse entendimento favorável à atuação do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça foi reiterado em 2013: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na QO no RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012, em inequívoca evolução jurisprudencial, proclamou a legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar diretamente no âmbito da Corte Constitucional nos processos em que figurar como parte e estabeleceu, entre outras, as seguintes premissas (Informativo 671/STF): a) em matéria de regras gerais e diretrizes, o PGR poderia desempenhar no Supremo Tribunal Federal dois papéis simultâneos, o de fiscal da lei e o de parte; b) nas hipóteses que o Ministério Público da União (MPU) figurar como parte no processo, por qualquer dos seus ramos, somente o Procurador-Geral da República (PGR) poderia oficiar perante o Supremo Tribunal Federal, o qual encarnaria os interesses confiados pela lei e pela Constituição ao referido órgão; c) nos demais casos, o Ministério Público Federal exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei e, nessa última condição, a sua manifestação não poderia preexcluir a das partes, sob pena de ofensa ao contraditório; d) A Lei Complementar federal 75/93 somente teria incidência no âmbito do Ministério Público da União (MPU), sob pena de cassar-se a autonomia dos Ministérios Públicos estaduais que estariam na dependência, para promover e defender interesse em juízo, da aprovação do Ministério Público Federal; e) a Constituição Federal distinguiu "a Lei Orgânica do MPU (LC 75/93) - típica lei federal -, da Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/93), que se aplicaria em matéria de regras gerais e diretrizes, a todos os Ministérios Públicos estaduais"; f) a Resolução 469/2011 do Supremo Tribunal Federal determina a intimação pessoal do Ministério Público estadual nos processos em que figurar como parte; g) não existiria subordinação jurídico-institucional que submetesse o Ministério Público dos estados à chefia do Ministério Público da União (MPU), instituição que a Constituição teria definido como chefe o Procurador-Geral da República (PGR); h) não são raras as hipóteses em que seriam possíveis situações processuais que estabelecessem posições antagônicas entre o Ministério Público da União e o Ministério Público estadual e, em diversos momentos, o *Parquet* federal, por meio do Procurador-Geral da República (PGR), teria se manifestado de maneira contrária ao recurso interposto pelo *Parquet* estadual; i) a privação do titular do *Parquet* Estadual para figurar na causa e expor as razões de sua tese consubstanciaria exclusão de um dos sujeitos da relação processual; j) a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal "denotaria *constructo* que a própria práxis demonstrara necessário, uma vez que existiriam órgãos autônomos os quais traduziriam pretensões realmente independentes, de modo que poderia ocorrer eventual cúmulo de argumentos". [...] Portanto, diante das premissas estabelecidas, é possível estabelecer que: a) o Ministério Público dos Estados, somente nos casos em que figurar como parte nos processos que tramitam no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, poderá exercer todos os meios inerentes à defesa da sua pretensão (*v.g.* Interpor recursos, realizar sustentação oral e apresentar memoriais de julgamento); b) a função de fiscal da lei no âmbito deste Tribunal Superior, será exercida exclusivamente pelo Ministério Público Federal, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República designados pelo Procurador-Geral da República. 5. O Poder Judiciário tem como uma de suas principais funções, a pacificação de conflitos. O reconhecimento da tese de legitimidade do Ministério Público estadual para atuar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça não objetiva gerar confronto entre o Ministério Público Federal e Estadual, mas reconhecer a importância e imprescindibilidade de ambas as instituições no sistema judicial brasileiro e estabelecer os limites de atuação do Ministério Público brasileiro no âmbito das Cortes Superiores. Ademais, a plena atuação do Ministério Público estadual na defesa de seus interesses, trará mais vantagens à coletividade e aos direitos defendidos pela referida instituição" (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 194892/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 01/07/2013). "A jurisprudência deste Superior Tribunal evoluiu e, em julgados recentes, passou a admitir a legitimidade do Ministério Público estadual ou distrital para atuar diretamente neste Tribunal, nos termos do entendimento consignado no Supremo Tribunal Federal" (EDcl no AgRg no REsp 1326532/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013). A tese, porém, ainda será apreciada pela Corte Especial no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.327.573/RJ, ainda pendente de decisão final até a conclusão

A mudança de entendimento é bem-vinda e alvissareira[13].

4. Limites da Atuação Recursal dos Promotores de Justiça: a Relação com os Procuradores de Justiça

Há outra questão que tangencia os problemas anteriores: a possibilidade de o Promotor de Justiça realizar diretamente acréscimos às razões de recurso por ele interposto e já recebido pelo Tribunal de Justiça.

---

desse texto e a persistência da indefinição produz julgados com este conteúdo: "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE". I - Enquanto a questão não for decidida pela Corte Especial, adoto, com a ressalva do meu entendimento pessoal, com vista à uniformidade das decisões, a orientação firmada pela 3ª Seção desta Corte, segundo a qual os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal não possuem legitimidade para atuar perante este Tribunal Superior, porquanto prerrogativa do Ministério Público Federal, nos termos do art. 47, § 1º, da Lei Complementar n. 75/1993. II - Agravo Regimental não conhecido. (AgRg nos EDcl no AREsp 8.747/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014).

[13] Consolidou-se a festejada modificação jurisprudencial:
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ATUAÇÃO COMO PARTE NO ÂMBITO DO STJ. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF E PELA CORTE ESPECIAL DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Ministério Público Estadual, nos processos em que figurar como parte e que tramitam no Superior Tribunal de Justiça, possui legitimidade para exercer todos os meios inerentes à defesa de sua pretensão. A função de fiscal da lei no âmbito deste Tribunal Superior, será exercida exclusivamente pelo Ministério Público Federal, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República designados pelo Procurador-Geral da República. 2. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no REsp 1.323.236/RN, 2ª Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 28.11.2014; AgRg nos EREsp 1256973/RS, 3ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Min.ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 6.11.2014; AgRg nos EDcl no REsp 1.262.864/BA, 3ª Turma, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 22.5.2014; EDcl no AgRg no REsp 1380585/DF, 6ª Turma, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 11.3.2014; EDcl no AgRg no REsp 1.326.532/DF, 6ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 13.12.2013; AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 1º.7.2013. 3. No mesmo sentido, o julgamento dos EREsp 1.327.573/RJ, Corte Especial, Rel. ARI PARGENDLER, Rel. p/ acórdão, Min. NANCY ANDRIGHI, ainda pendente de publicação e a QO no RE 593.727/MG, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012 (Informativo 671/STF). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 42.058/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ATUAÇÃO, COMO PARTE, PARA ATUAR DIRETAMENTE NO STJ. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727/MG. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA ATUAR PERANTE O STF. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E PROVIDOS, PARA QUE, AFASTADA A PRELIMINAR, A SEXTA TURMA PROSSIGA NO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O acórdão embargado e o acórdão indicado como paradigma discrepam a respeito da interpretação do art. 47, § 1º, da Lei Complementar nº 75, de 1993, um conhecendo de agravo regimental interposto por membro de Ministério Público, e o outro, não; 2. Cindindo em um processo o exercício das funções do Ministério Público (o Ministério Público Estadual sendo o autor da ação, e o Ministério Público Federal opinando acerca do recurso interposto nos respectivos autos), não há razão legal, nem qualquer outra ditada pelo interesse público, que autorize uma restrição ao Ministério Público enquanto autor da ação. 3. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para que, afastada a preliminar da ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a Sexta Turma prossiga no julgamento do agravo regimental (AgRg na SLS 1.612/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 29.08.2012, Dje 06.09.2012). (EREsp 1327573/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 27/02/2015).

Basicamente as considerações que se seguirão pretendem oferecer respostas às seguintes indagações: 1) a atividade do Promotor de Justiça se encerra com a interposição da apelação, incidindo, a partir desse específico ato processual, atribuição exclusiva do Procurador de Justiça? 2) Qualquer complementação ao recurso interposto deve ser realizada pelo Procurador de Justiça? 3) Identificado pelo Promotor de Justiça um documento novo ou precedente relevante para o julgamento do recurso, sua atuação limita-se ao encaminhamento de tais peças ao Procurador de Justiça? 4) Há discricionariedade na atuação do Procurador de Justiça em relação aos documentos que lhe forem encaminhados pelo Promotor de Justiça?

Não se trata de mero exercício de imaginação dos autores.

Na realidade, não são raras as divergências internas entre Promotores e Procuradores de Justiça de um mesmo Ministério Público, que mantêm o que se pode denominar de uma "relação difícil". A hipótese ora tratada foi objeto de controvérsias em mais de um Estado.

Especificamente sobre esse tema, é fundamental a compreensão do contraditório como poder de influência, ou seja, não basta a noção de "bilateralidade da audiência", compreendendo o binômio "informação/reação", devendo ser garantida a efetiva oportunidade de influir na conduta dos demais sujeitos processuais e, sobretudo, no julgamento da causa[14]. Nesse sentido, entre outros aspectos processuais, deve-se considerar o recurso também como um desdobramento do princípio do contraditório, possibilitando materialmente que a parte participe com efetividade da formação da decisão, o que significa, inclusive, a possibilidade de oferecer elementos persuasivos e probatórios também na fase recursal.

Também é importante voltar a manusear minimamente a noção de capacidade postulatória.

A questão da apresentação de provas para julgamento de recursos oferece alguma polêmica, mas há certo consenso sobre a possibilidade de juntada de documentos, desde que garantido o contraditório[15]. Diversos outros meios de

[14] Amplamente, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, capítulo III.

[15] No Superior Tribunal de Justiça: Agravo regimental no agravo de instrumento. Fase recursal. Juntada de documentos. Possibilidade. Hipóteses excepcionais. Impossibilidade de aferição no caso concreto. Necessidade de revisão fático-probatória. Enunciado n. 7/STJ. 1. Possibilidade de juntada de documentos em sede de apelação, desde que não haja má-fé e seja observado o contraditório. Precedentes. 2. O presente recurso requer revolvimento fático-probatório, procedimento vedado em sede de recurso especial, à luz do Enunciado n. 7/STJ (AgRg no Ag 1387136/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012). Processual civil. Recurso especial. Juntada de documento com a apelação. Possibilidade. Art. 397 do CPC. Precedentes. Recurso desprovido. 1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé. 2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contrarrazões. O art. 397 do CPC assim dispõe: "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de

prova são admitidos na fase recursal, inclusive de ofício, como o exemplo clássico de inspeção judicial mencionado por Barbosa Moreira em diversos estudos e que por ele foi determinada quando atuou como desembargador[16]. Mas para a presente hipótese se mostra relevante o exame da produção de prova documental, que, ademais, é o meio de prova mais utilizado nessa fase processual.

Entretanto, há duas questões que necessitam de especial registro.

a) A inegável possibilidade de instrução não significa autorização para uma espécie de ecumenismo processual, em que todos os interessados possam oferecer elementos de convicção ao mesmo tempo. Há regras, prazos e formas para que se produzam e se ofereçam provas, como, aliás, em toda e qualquer fase processual. Não fosse assim, poderia, por exemplo, uma Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, tomando ciência de determinada ação coletiva ajuizada em primeiro grau, peticionar ao juiz, ainda que apenas para reforço argumentativo e persuasivo[17].

Essa ilustração não guarda estrita simetria com a situação inversa e que é a hipótese discutida, já que, em caso de apelação, o recurso do Ministério Público se dá necessariamente por ato de uma Promotoria de Justiça, que, na condição de recorrente, possui atribuições *perante*[18] o Tribunal de Justiça, que possui evidentes limites. Em suma, o fato de ser permitida a atividade instrutória na fase recursal não é suficiente, por si só, para resolver a questão.

---

fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos." 3. Recurso especial desprovido (REsp 780.396/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 188). Na doutrina: MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de Ofício em Grau Recursal. São Paulo: Saraiva, 2010, capítulo VII.

[16] Cf., por exemplo, estes trabalhos de Barbosa Moreira: O juiz e a prova. Revista de Processo, *nº 35*. São Paulo: RT, julho/setembro de 1984; A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984; *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984; O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989; Sobre a "participação" do juiz no processo civil. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989; O processo, as partes e a sociedade. Temas de Direito Processual (Oitava Série). São Paulo: Saraiva, 2004.

[17] Com a devida licença pelo truísmo, remarque-se o quadro que decorre da lei: enquanto há vedação para que os Procuradores de Justiça atuem perante ou junto o primeiro grau de jurisdição, existe autorização para que os Promotores de Justiça atuem perante o segundo grau, ainda que limitadamente à interposição de recursos. Não se pode conferir enfoque homogêneo a situações heterogêneas.

[18] *"Recurso ordinário de mandado de segurança. Legitimidade para impetração do* mandamus. *Promotor de Justiça. Lei n. 8.625/92. O Promotor de Justiça possui legitimidade para impetrar mandado de segurança perante os Tribunais locais. Distinção entre postular ao Tribunal (art. 32, inciso I da LONMP) e postular no Tribunal (art. 31 da LONMP). Precedentes. Recurso cabível e provido para apreciação"* (RMS 5376/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/11/1997, DJ 15/12/1997 p. 66460 - destacamos). O problema da sustentação oral também é encontrado nos Tribunais Estaduais e, para tornar o tema mais complexo, envolve um mesmo Ministério Público, na medida em que os Promotores de Justiça não podem sustentar oralmente perante os Tribunais no julgamento dos recursos por eles interpostos, em razão de o Procurador de Justiça atuar como presentante da Instituição. A situação aparentemente ficaria bem resolvida por se tratar estritamente da mesma Instituição, mas a independência funcional e a distância entre os Promotores e Procuradores não raro causam sérias divergências e os recursos não recebem um adequado reforço argumentativo. Trata-se de tema com inegável relevância teórica e prática e que merece maior reflexão.

b) Há que se fixar o conceito de *prova*[19], já que o que ocorre com mais frequência é apenas a juntada de precedente jurisdicional para fins persuasivos. Se é certo que toda decisão judicial é um documento público[20] e, nesse sentido, pode ser considerada como fonte de prova, essa eficácia probatória se limita à própria existência da decisão ou aos fatos presenciados e utilizados como fundamentação[21]. Isso significa que a juntada de precedente não deve ser compreendida como um meio de prova; equivale a qualquer outro ato persuasivo e se submete aos limites preclusivos decorrentes das normas sobre os recursos.

A ideia básica da preclusão consumativa situa-se precisamente no exaurimento do ato processual no momento de sua prática, isto é, o exercício do ato é o bastante para considerá-lo completo, "não se podendo corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo"[22]. Essa situação se mantém em relação aos recursos, não se admitindo, por exemplo, a complementação das razões recursais já oferecidas, ainda que dentro do prazo abstratamente estabelecido para a interposição do recurso[23], salvo situações excepcionais.

Nesse contexto, fala-se em "princípio" da complementaridade exatamente para admitir o aditamento das razões recursais, "se houver alteração ou integração da decisão, em virtude do acolhimento de embargos de declaração"[24].

Uma vez interposto o recurso, consumou-se o ato processual e se veda ao recorrente uma nova impugnação contra a mesma decisão[25]. Há uma especial aplicação dessa norma para impedir a ampliação adesiva da apelação, no caso de o recorrente valer-se da apelação da outra parte e utilizar recurso adesivo para ampliar seu apelo original[26].

---

[19] Evidentemente está se falando em *meio* de prova, já que é conhecido o caráter polissêmico da palavra.
[20] Lembre-se da redação do artigo 397 do Código de Processo Civil: "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".
[21] Trata-se de tema complexo que aqui apenas se menciona e que foi objeto de profundo e conhecido estudo de Calamandrei: "*La sentenza civile como mezzo di prova*". *Opere Giuridiche*. Vol. V. Mauro Cappelletti (org.). Napoli: Morano, 1965. Ainda sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil.* 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 371-372.
[22] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 321.
[23] No sentido da preclusão: "diante do princípio da preclusão consumativa, o recurso não pode ser aperfeiçoado em momento posterior ao ato de interposição, para anexação de julgados que instruem a alegação de dissídio interpretativo que não acompanharam a petição primeiro protocolizada" (AgRg nos EREsp 800.674/PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, julgado em 18/12/2009, DJe 22/02/2010).
[24] NERY JUNIOR. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 182. "Tendo sido ofertados contra a sentença embargos de declaração pelo autor e apelação pela parte contrária, dentro do prazo legal e com o pagamento correto do preparo, não há intempestividade. Também correto o aditamento à apelação, uma vez que a decisão dos embargos modificou a sentença" (REsp 713.254/MS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 144).
[25] NERY JUNIOR. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 192.
[26] NERY JUNIOR. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 192/193. Processual civil - recurso adesivo – aditamento da apelação interposta - inadmissibilidade. Tendo em vista o propósito do recurso adesivo e o princípio da consumação, a parte que, no prazo legal, apresentou recurso autônomo não pode recorrer adesivamente. Recurso não conhecido (REsp 179.586/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 18/12/2000, p. 175).

Há outros dois dados que podem contribuir para a compreensão do tema: a) os poderes instrutórios do juiz incidem na fase recursal[27] e, respeitado o contraditório, sobre eles não incidem a preclusão temporal[28] e a consumativa, de modo que uma prova sugerida intempestivamente pela parte pode ser acolhida, em princípio, como "prova do juízo"; b) da mesma forma, a notícia de existência de precedente judicial, apesar do evidente tom persuasivo para o acolhimento de tese recursal, pode ser utilizada pelo Tribunal na medida em que se trata de documento público, cuja tese pode ser verificada em pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema sob julgamento.

No caso de juntada de precedentes para fins persuasivos, verifica-se, em princípio, o problema da preclusão. Entretanto, trata-se de matéria cognoscível de ofício e que reconhecidamente vem sendo utilizada como principal fundamentação das decisões judiciais, não só pela facilidade de pesquisa jurisprudencial, mas, sobretudo, pela proeminência conferida aos precedentes no sistema processual atual.

Enquadremos o tema, agora, na divisão interna de atribuições do Ministério Público.

Embora uno e indivisível, por razões lógicas e funcionais, e seguindo critérios abstratamente fixados pelo legislador e pela Administração Superior, o Ministério Público exerce suas funções por meio de plexos de atribuições individualizados em unidades autônomas, cada qual ocupada por membros previamente investidos à luz do regramento de regência, seja por provimento ou por substituição.

Além dos critérios estabelecidos em virtude da matéria e do território, com a finalidade de melhor dimensionamento do exercício funcional do Ministério Público, a mais eloquente cisão de atribuições se dá em nível legislativo e tem como referencial precisamente uma vinculação entre atribuição e competência e a separação da carreira em classes, na forma das referidas Leis Orgânicas, que disciplinam as atribuições genéricas dos Promotores de Justiça e dos Procuradores de Justiça.

Essa rígida separação de atribuições de acordo com os graus jurisdicionais não raro enseja desencontros técnicos, o que é explicado pela convivência entre a unidade e a independência funcional, mas, recentemente, a doutrina[29] e os tribunais[30] identificaram alguma perplexidade na manutenção da separação

---

[27] Cf., amplamente, o estudo de Rogério Licastro Torres de Mello antes citado.

[28] "A jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer que não há preclusão em matéria de provas, pois a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Precedentes" (EDcl no REsp 1189458/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 08/09/2010).

[29] Cf., ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*, cit., passim.

[30] "Processual civil. Legitimidade e interesse do Procurador de Justiça para recorrer de decisão desfavorável ao *Parquet* em que o Promotor de Justiça é parte. Incidente processual. Unidade e indivisibilidade do Ministério Público. Princípio do prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. Analogia. Art. 499, do CPC e súmula 99/STJ. 1. Consoante os Princípios da Unidade e Indivisibilidade do Ministério Público, as manifestações de seus

funcional, em um mesmo processo, na atuação do Ministério Público.

representantes constituem pronunciamento do próprio órgão e não de seus agentes, muito embora haja divisão de atribuições entre os Procuradores e os Promotores de Justiça (art. 31 e 32 da Lei n.º 8.625/93). 2. Nas ações civis públicas em que for parte o Ministério Público é dispensável a sua manifestação como *custos legis*. 3. Não obstante, *in casu*, em tendo sido intimado o Procurador de Justiça, instaurou-se um incidente processual, motivo pelo qual, em razão do disposto no art. 499, parágrafo único do CPC, e da Súmula n.º 99/STJ, inafastável a sua legitimidade para recorrer de decisão desfavorável ao *Parquet* proferida em sede de Ação Civil Pública. 4. Situação processual que não possui previsão legal, implicando a integração legislativa. 5. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada. (*pas de nullité sans grief*). 6. Consectariamente, à luz dos Princípios da Unidade e Indivisibilidade do Ministério Público, e do Princípio do Prejuízo (*pas des nullité sans grief*), e, uma vez instaurado o incidente processual pela intimação do recorrente, afasta-se a alegada ilegitimidade ativa do Procurador de Justiça para recorrer da decisão desfavorável ao *Parquet* proferida em sede de Ação Civil Pública, reforçada pela incidência da Súmula n.º 99/STJ. 7. Recurso ordinário provido. (RMS 16409/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 197). "Recurso especial – Administrativo – Ação civil pública movida pelo Ministério Público – Intervenção do *Parquet* como *custos legis* – Prescindibilidade.1. Nas ações civis públicas em que o autor é o próprio Ministério Público, não é obrigatória a sua intervenção como *custos legis*, a teor do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Lei 7.437/85. 2. Recurso especial improvido" (REsp 554.906/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 308). "Administrativo – Improbidade administrativa – Ministério Público como autor da ação – Desnecessidade de intervenção do *Parquet* como *custos legis* – Ausência de prejuízo – Não ocorrência de nulidade – Responsabilidade do advogado público – Possibilidade em situações excepcionais não presentes no caso concreto – Ausência de responsabilização do parecerista – atuação dentro das prerrogativas funcionais – Súmula 7/STJ. 1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. 2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*" (REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010). "Ação penal. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento", cabendo registrar este excerto da lavra do Relator: "entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso — que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo —, se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei. Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão só como *custos legis* no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal. O conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo neste tema. Ou seja, ainda que, no mérito, o Ministério Público postule a absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir ou de poder agir como parte que é. Conclusão diversa levaria à concepção de processo de parte única, o acusado, o que parece absurdo diante de um sistema garantista, acusatório, agônico, marcado pela garantia de contraditoriedade" (HC 87926, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2008, DJe-074 Divulg 24-04-2008 Public 25-04-2008). Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permanece pacífica a tese contrária: " A previsão de manifestação do Ministério Público em segunda instância, contida no art. 610 do Código de Processo Penal, decorre de sua função de fiscal da lei, o que não se confunde com a atribuição de titular da ação penal pública, a teor do que preconiza o art. 257 do referido diploma legal. 4. Assim, após a manifestação ministerial, não há falar em contraditório a ser exercido pela defesa, visto que, quando o Ministério Público atua como *custos legis*, não compõe nenhum dos polos da relação processual, ainda que se oponha às teses trazidas pelo réu" (HC 244.999/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

Essa referência não significa adesão a tais decisões[31], mas serve para ilustrar uma situação que se tornou ainda mais sensível com o exercício das atribuições do Ministério Público envolvendo a tutela coletiva.

Outro ponto que merece especial atenção é a relação entre a necessidade de interposição de recurso por Promotor de Justiça – ou outro legitimado no específico processo coletivo – para que a Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva passe a ter as atribuições regulares. Ou seja: por não possuir atribuição para ajuizar ação civil pública, as Procuradorias de Justiça de Tutela Coletiva possuem atribuição vinculada à interposição recursal, passando, então, a exercer as funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça, invariavelmente na condição de fiscal da lei[32].

Esse dado demonstra que a atuação dos Procuradores de Justiça especializados *junto* ao Tribunal convive harmonicamente com as atribuições dos Promotores de Justiça que atuam como postulantes *perante* aquele mesmo órgão jurisdicional[33].

---

[31] Importante registro de Emerson Garcia: "Embora seja desnecessária a simultânea intervenção de dois membros do Ministério Público na mesma relação processual, um na condição de órgão agente, outro na de órgão interveniente, esse raciocínio não é extensivo às causas que, sucessivamente, tramitem em instâncias distintas, perante as quais atuem órgãos de execução diversos. Assim, ainda que a petição inicial seja subscrita por um Promotor de Justiça, em segunda instância intervirá obrigatoriamente um Procurador de Justiça: o primeiro atuando como órgão agente, o segundo como órgão interveniente. Tratando-se de Instituição essencial à função jurisdicional do Estado e funcionalmente escalonada, o que delimita a instância perante a qual os respectivos agentes estão legitimados a atuar, torna-se evidente que a lei somente poderá afastar a intervenção dúplice do Ministério Público, não a sucessiva" (GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3ª ed., cit., p. 402).

[32] A especialização de Procuradorias de Justiça, mormente em matéria envolvendo tutela coletiva, vem ocorrendo diversos Estados e as linhas básicas dessa experiência foram relatadas em trabalho que bem ilustra o tema: CARPENA, Heloisa. Tutela coletiva em 2º grau. A experiência da criação das Procuradorias especializadas no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo, nº 225*. São Paulo: RT, novembro de 2013.

[33] "E se a função jurisdicional de primeira instância termina com a prolação da sentença, é lógico concluir que, no mesmo momento processual, cessarão também as atribuições do órgão de execução do Ministério Público que até então atuava no feito, ressalvada a interposição de recursos pelo próprio *Parquet*. Assim, interposta apelação pelo autor, pelo réu ou por um terceiro prejudicado, não cabe ao Promotor de Justiça opinar, como interveniente, quanto ao pleito recursal, já que tal atribuição será oportunamente exercida pelo Procurador de Justiça com atribuição "junto" ao órgão respectivo do Tribunal de Justiça, que atua, da mesma forma, como interveniente. E aqui há que se estabelecer a distinção existente entre o atuar "perante" os tribunais e o atuar "junto" aos tribunais. A primeira forma de intervenção se dá comumente nas hipóteses de interposição de qualquer recurso pelo membro do *Parquet* com atuação em primeiro grau. Existe, no primeiro caso, apenas uma postulação dirigida ao órgão *ad quem*, sem que o postulante atue efetivamente naquele colegiado. Situação distinta é a que ocorre quando se atua "junto" aos tribunais, ali tomando assento, elaborando pareceres e realizando sustentações orais que antecedem à própria decisão que há de ser lavrada. Não se trata aqui de um recurso ou postulação vinda de um órgão de instância diversa, mas de uma intervenção oriunda de um órgão de atuação também em segundo grau, que atua, por isso mesmo, "junto" aos tribunais" (ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosenvald (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 142). Cf, ainda, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. VIA MANDAMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO LOCAL. LEGITIMIDADE. 1. O membro do Ministério Público Federal que atua na 1ª Instância tem legitimidade para impetrar mandado de segurança perante os Tribunais Regionais Federais, contra ato tido por abusivo e ilegal praticado pelo Juiz Federal. 2. Distinção entre postular ao Tribunal e postular no Tribunal. Precedentes desta Corte. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para que prossiga o Tribunal *a quo* com o exame do mérito do *mandamus*" (RMS 42.235/GO, Rel.

Decorre dessa estrutura organizacional que, enquanto estiverem exercendo atos postulatórios referentes à interposição de recursos, os Promotores de Justiça estarão no estrito campo de atuação que lhe foi conferido pelos atos normativos de regência.

Não é coerente, do ponto de vista sistemático, permitir que o Promotor de Justiça interponha recurso e, ao mesmo tempo, vedar-lhe a possibilidade de acrescer às razões recursais a apresentação de prova nova ou a correção de erros materiais[34] porventura existentes na própria petição de recurso, por exemplo. Todo e qualquer aditamento ao recurso interposto pelo Promotor de Justiça é de sua atribuição, como conteúdo do poder de recorrer que lhe foi atribuído. Caso se considere extemporâneo o ato praticado, passa-se a ser um problema de preclusão e não de atribuição. Ou seja: o serôdio aditamento é uma questão submetida à apreciação jurisdicional por integrar um ato postulatório que lhe é submetido por agente legitimado.

Somente pode integrar, complementar ou alterar um ato o sujeito que possui competência ou atribuição para praticá-lo. No caso de atos postulatórios – dos quais os recursos são espécies –, aquele legitimado, ou melhor, aquele que detém atribuição para a respectiva interposição pode prosseguir na postulação, até a sessão de julgamento no Tribunal, quando a atribuição se transfere aos Procuradores de Justiça, por conta da estrutura funcional escalonada.

Em suma, tudo aquilo que se referir ao desdobramento da atribuição para recorrer de decisão proferida em primeiro grau está inserido no plexo de atribuições dos Promotores de Justiça.

Note-se que, salvo as evidentes exceções dos embargos de declaração e de recursos para a Turma Recursal, os atos dos Promotores de Justiça terão como destinatário necessário o Tribunal de Justiça, não havendo nessa atuação nenhuma situação heterodoxa, já que o Juiz de primeiro grau apenas exerce um primeiro juízo de admissibilidade, mas o recurso se dirige aos Desembargadores.

Para reforçar a existência dessa atribuição perante o Tribunal, basta lembrar a sistemática adotada nos recursos de agravo de instrumento, em que, além de a interposição ser realizada diretamente em segundo grau, as contrarrazões também são oferecidas pelos Promotores de Justiça[35].

Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014).

[34] O erro material também pode constar no ato da parte, como nos casos de equívoco em datas, nomes etc. De todo modo, não há que se falar em preclusão e os erros podem ser corrigidos de ofício: "O erro material, passível de ser corrigido de ofício, e não sujeito à preclusão, é o reconhecido *primu ictu oculi*, consistente em equívocos materiais sem conteúdo decisório propriamente dito" (REsp 1151982/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012). "A correção de erro material disciplinado pelo art. 463 do CPC não se sujeita aos institutos da preclusão e da coisa julgada, porquanto constitui matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo magistrado. Precedentes: REsp 824.289/TO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 773273/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/02/2008" (AgRg no REsp 1160801/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

[35] Cf., GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3ª ed., cit., p.407.

Por fim, há ainda as hipóteses de mandado de segurança contra ato judicial, *habeas corpus* e reclamação: ações de competência originária de tribunal, que podem ser propostas por Promotor de Justiça, pois servem, à semelhança dos recursos, como meio de impugnação de decisão judicial.

Outro dado a se considerar, ainda que factual: precedido de inquérito civil, não raro com diversos volumes e com laboriosa atividade processual, com dezenas de laudas produzidas, não se pode esperar de um Promotor de Justiça um comportamento indiferente, por exemplo, com o resultado de um recurso por ele interposto e considerar que, após todo o trabalho desenvolvido, com o processo ainda sob julgamento e exatamente por ato postulatório de sua iniciativa, haja de permanecer inerte por ter a atribuição coartada.

Note-se que, com a proliferação de decisões proferidas por relator, robustece ainda mais a necessidade de o Promotor de Justiça permanecer atento ao trâmite recursal, a fim de evitar uma apreciação sumária dos fatos e argumentos relevantes para o processo. Lembre-se, outrossim, que, pela independência funcional, pode o Procurador de Justiça discordar frontalmente da tese veiculada no recurso interposto pelo Ministério Público por meio do Promotor de Justiça, inclusive com parecer formal nesse sentido, ou simplesmente considerar que não é pertinente o acréscimo que se quer fazer ao recurso, o que é tecnicamente lícito, mas pode ser processualmente indesejável. Não se apregoa, evidentemente, uma relação pessoal entre o membro do Ministério Público e seu trabalho – a propósito, invariavelmente o voluntarismo desprovido de técnica é responsável por práticas contraproducentes –, mas é preciso assinalar que, além das questões técnicas, também aspectos factuais devem ser associados à análise do tema.

Acrescente-se, nesse contexto, que o fato de a atribuição ser dos Promotores de Justiça não implica a exclusão de uma postulação conjunta com as Procuradorias de Justiça. Na realidade, a interface e o entrosamento entre as classes não só é desejável institucionalmente, como também é relevante processualmente, de modo que a atuação conjunta e o diálogo constante devem sempre ser buscados e incentivados[36]. Somente haverá efetiva atuação do Ministério Público, com reais resultados decorrentes de sua atuação, se o princípio da unidade for efetivamente levado a sério[37] e o trabalho entre Promotores e Procuradores de Justiça se der de modo harmônico. O trabalho em segundo grau dos Procuradores de Justiça é fundamental para uma atuação institucional efetiva e produtiva, razão pela qual se deve prestigiar uma atuação cooperativa, sem que, com isso, haja fissuras na independência funcional e na divisão de atribuições.

Ainda, com propostas de mudanças na sistemática recursal, ZENKNER. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, cit., itens 4.3 e 4.4.

[36] Cf. OLIVEIRA JUNIOR, Oto; ANJOS FILHO, Robério. Breves anotações sobre a atuação conjunta de membros do Ministério Público. *Temas Atuais do Ministério Público*. Farias, Alves e Rosenvald (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, especialmente item 7.4.

[37] Cf. GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, item 20.3.

Se se aderisse à tese de que Promotores de Justiça não podem pleitear perante Tribunal de Justiça, haveria evidente retrocesso na posição institucional que defende a possibilidade de os Ministérios Públicos estaduais atuarem perante os Tribunais Superiores, na medida em que se sufragaria, ainda que por via transversa, a ideia de que há exclusividade topográfica na atuação da Instituição.

Imagine-se, por exemplo, um Recurso Especial interposto por Procurador de Justiça de Tutela Coletiva. Eventual comprovação de fato relevante, como feriado local para fins de tempestividade,[38] superveniência de decisão jurisdicional pertinente ou algum outro esclarecimento que se fizesse necessário para o acolhimento do recurso dependeria de ato de Subprocurador-Geral da República ou, por ser desdobramento de ato inerente à atribuição do Procurador de Justiça sua atribuição seria estendida para complementação de ato postulatório?

Toda a construção técnica e argumentativa da tese institucional sobre o tema se baseia precisamente na permanência da atribuição do Ministério Público estadual perante os Tribunais Superiores, por se tratar de legítimo exercício da atribuição recursal. Se existe atribuição para a interposição do recurso, forçosamente também existirá para quaisquer medidas que lhe sejam conexas. Um enfoque restrito do princípio da unidade e uma visão radical sobre a rigidez compartimentada das atribuições afetariam a possibilidade de litisconsórcios entre os Ministérios

[38] "Processual civil. Agravo regimental. Tempestividade. Feriado local. Comprovação posterior. Possibilidade. Documento idôneo. Certidão ou documento oficial. 1. A jurisprudência do STJ estabelecia que, para fins de demonstração da tempestividade do recurso, incumbia à parte, no momento da interposição, comprovar a ocorrência de suspensão dos prazos processuais em decorrência de feriado local, ausência de expediente forense, recesso forense, dentre outros motivos, não se admitindo a juntada posterior do documento comprobatório. 2. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, ocorrido no dia 19.9.2012, acompanhando o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg no RE nº 626.358/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 23.8.2012, modificou sua jurisprudência, passando a permitir a comprovação de feriado local ou suspensão dos prazos processuais não certificada nos autos em momento posterior à interposição do recurso na origem. 3. No presente caso, embora o agravante alegue que juntou aos autos documento indicando a ocorrência de feriado local, verifica-se que a peça juntada (e-STJ fl. 1316) é cópia de notícia divulgada no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT, o que não se constitui meio idôneo para a comprovação de tempestividade recursal. 4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ocorrência de feriado local ou suspensão do expediente forense deve ser demonstrada por certidão expedida pelo Tribunal de origem ou documento oficial. 5. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 285.189/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013). A hipótese exemplificada pode se ater apenas ao aditamento após a interposição do recurso e antes do não conhecimento por intempestividade, já que, na linha do problema mencionado no corpo deste parecer, persiste o entendimento de que o agravo regimental não pode ser manejado pelo Ministério Público estadual: "Agravo regimental em embargos de declaração em recurso especial. Interposição. Ilegitimidade do Ministério Público estadual. Questão de ordem. Descabimento. 1. A posição dominante neste Tribunal é a de que apenas o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral e dos Subprocuradores-Gerais da República, tem legitimidade para interpor recurso contra as decisões do Superior Tribunal de Justiça, sendo os Ministérios Públicos estaduais partes ilegítimas para atuar diretamente nesta Corte Superior. 2. Mantida a posição de que não é o *Parquet* estadual parte legítima para atuar diretamente nesta Corte, não há motivo para suscitar questão de ordem para discutir o seu direito à intimação das decisões por ela proferidas. 3. Agravo regimental não conhecido" (AgRg nos EDcl no REsp 1100513/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 22/04/2013).

Públicos[39], bem como a possibilidade de se desvincular a competência e a atribuição de modo amplo[40].

Além dessas situações, pense-se no ajuizamento de reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal por descumprimento de súmula vinculante, além das sustentações orais em Tribunais Superiores, e se constatará a vinculação entre a hipótese dos autos com a tese institucional ora mencionada.

Encerrando este item, responderemos brevemente às perguntas anunciadas em sua abertura: 1) a atividade do Promotor de Justiça não se encerra com a interposição da apelação, na medida em que pode haver desdobramentos do ato recursal, como exatamente na hipótese de juntada de documentos. A própria sustentação oral pode, em tese, ser realizada pelo Promotor de Justiça; 2) Consequentemente, nem toda complementação ao recurso interposto deve ser realizada pelo Procurador de Justiça, já que pode ser apenas expressão do ato postulatório inaugural e, por isso, inserir-se na atribuição do Promotor de Justiça; 3) identificado pelo Promotor de Justiça um documento novo ou precedente jurisprudencial relevante para o julgamento do recurso, sua atuação não deve se limitar ao encaminhamento de tais peças ao Procurador de Justiça, cabendo-lhe postular diretamente ao Tribunal; 4) a independência funcional não se confunde com discricionariedade, não podendo ser considerada como uma espécie de liberdade de crença jurídica. O princípio da independência funcional, além de não poder ser erigido à condição de ídolo absoluto, possui sua funcionalidade atrelada ao exercício da atividade finalística, não podendo ser utilizado como pretexto para a omissão ou para o desvio de finalidade.

5. Capacidade Processual do Ministério Público Estadual para Ajuizar Reclamação perante o STF

No julgamento da reclamação n. 7.358, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *capacidade processual* do Ministério Público Estadual para propor, como autor, reclamação perante o STF.

A tese vencida era a de que o MPE somente poderia ajuizar a reclamação no STF se o Procurador-Geral da República a ratificasse. O fundamento desse entendimento era o seguinte: somente o PGR teria capacidade para atuar no STF, de acordo com a CF/88.

Prevaleceram, porém, as ponderações dos ministros Ayres Brito e Gilmar Mendes. O primeiro afirmou que o Ministério Público é uma instituição gênero, compartimentada em duas espécies – o Ministério Público da União e o Ministério

[39] Cf., sobre esse ponto específico, ZENKNER, Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, cit., p. 134-135.
[40] Cf. DIDIER Jr., Fredie. Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal. *Revista de Processo*, RT, nº 196, p. 463-468, 2011.

Público Estadual. Cada uma dessas espécies é dotada de autonomia administrativa e funcional. Segundo ele, seja qual for o agente que oficie neste ou naquele processo, o que se faz presente é o Ministério Público. O ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela capacidade do MPE para ajuizar esse tipo de ação no STF. Para o ministro, não há monopólio da representação por parte do Procurador-Geral, nem hierarquia com relação ao MP estadual. Seria um tipo de tutela do MPE pelo órgão federal, o que representaria lesão ao modelo federativo, concluiu o ministro Gilmar Mendes (fonte: push de notícias do STF, 24.02.2011).

O precedente é importantíssimo para que se redefinam as atribuições processuais do MP. Há várias questões ainda em aberto; essa decisão pode iluminar a discussão. Eis algumas:

a) O PGR tem capacidade processual exclusiva para atuar no STF como *custos legis*. Essa decisão reforça essa tese. No caso, tratava-se de uma reclamação ajuizada pelo MPE contra decisão do TJ/SP, que contrariava enunciado de súmula vinculativa do STF.

b) É preciso perceber que o MP pode exercer no processo diferentes funções: pode ser parte e pode ser fiscal da lei. Pode-se cogitar um órgão do MP para o exercício de cada uma dessas funções. Nesta reclamação, o PGR atuaria como *custos legis*, podendo, inclusive, manifestar-se contrariamente à pretensão do MPE. Do mesmo modo, parece que o órgão do MPE, que é parte, tem o direito de fazer sustentação oral das suas razões.

c) O precedente reforça a tese de que, no STJ, pode o órgão do MPE sustentar oralmente as suas razões, cabendo ao Subprocurador-Geral da República (MPF) atuar como *custos legis*.

d) O precedente também serve como argumento para quem defende a tese de que o MPE pode demandar perante a Justiça Federal e o MPF, perante a Justiça Estadual. Não haveria qualquer restrição constitucional neste sentido. O importante é verificar de quem a competência para julgar a causa e se o MP tem legitimidade para discuti-la em juízo; não haveria, porém, qualquer relação entre MPE/Justiça Estadual e MPF/Justiça Federal.

e) Discussão semelhante já havia surgido no STF (Rcl 2.138-DF, rel. Min. Nelson Jobim, 20.11.2002). Foi ajuizada uma reclamação constitucional contra o ajuizamento de uma ação civil pública por uma Procuradora da República. Essa mesma Procuradora pediu a sua intervenção na qualidade de interessada na reclamação. Surgiu a controvérsia, pois, no STF, o Ministério Público é presentado pelo Procurador-Geral da República. Por seis votos a cinco, decidiu-se que não poderia a Procuradora intervir, como o Ministério Público, embora participando do processo com funções distintas, deveria ser presentado por um único membro, o PGR.

f) Em decisão monocrática, em fevereiro de 2014, o Ministro Celso de Mello não acolheu a insistente postura do Procurador-Geral da República em negar

legitimidade ao Ministério Público estadual para o ajuizamento de reclamação diretamente perante o Supremo Tribunal Federal: "Reconheço, preliminarmente, a legitimidade ativa "*ad causam*" do Ministério Público do Estado de São Paulo para ajuizar, em caráter originário, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade e a eficácia da súmula vinculante. Entendo, na linha de anteriores decisões por mim proferidas (Rcl 7.246/SP, Rcl 9.106-MC/SP, Rcl 10.463-MC/RS, *v.g.*), que o Ministério Público estadual, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais e no âmbito de processos cuja natureza justifique a sua formal participação (quer como órgão agente, quer como órgão interveniente), dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal [...]. Não tem sentido, por implicar ofensa manifesta à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, exigir-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do Senhor Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do "*Parquet*" estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF , art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. É importante assinalar, porque juridicamente relevante, que o postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional (CF, art. 127, § 1º), a significar que o Ministério Público estadual não é representado – muito menos chefiado – pelo Senhor Procurador-Geral da República, eis que é plena a autonomia do "*Parquet*" local em face do eminente Chefe do Ministério Público da União. Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público dos Estados-membros não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, em sede de reclamação, perante o Supremo Tribunal Federal. Não tem sido por outra razão que esta Corte, tratando-se do Ministério Público do Trabalho – órgão que integra o Ministério Público da União –, vem-lhe negando qualidade para agir em sede reclamatória, pelo relevante motivo de a representação institucional do Ministério Público da União caber, com exclusividade, ao Procurador-Geral da República (Rcl 4.091-AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia – Rcl 4.453-MC-Agr-Agr/SE, Rel. Min. Ellen Gracie – Rcl 4.592-Agr/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia – Rcl 5.255-Agr/GO, Rel. Min. Ellen Gracie – Rcl 5.381-ED/AM, Rel. Min. Ayres Britto – Rcl 5.543-Agr/GO, Rel. Min. Celso De Mello – Rcl 5.674-Agr/MG, Rel. Min. Eros Grau – Rcl 5.793-Agr/AM, Rel. Min. Ellen Gracie – Rcl 5.958-Agr/PI, Rel. Min. Eros Grau – Rcl 6.239-Agr/RO, Rel. Min. Eros Grau, *v.g.*). Inquestionável, desse modo, a plena legitimação ativa "*ad causam*" do Ministério Público do Estado de São Paulo para ajuizar, perante esta Corte Suprema, a presente reclamação" (Rcl 15028 / SP, pub. DJe 18/02/14).

Correta essa decisão, que se espera ver confirmada e estabilizada na jurisprudência.

6. O Ministério Público no Polo Passivo de uma Relação Jurídica Processual

Comumente relaciona-se a atuação do Ministério Público ao polo ativo da relação processual, mas há situações em que sua atuação se dará no polo passivo.

Note-se, em primeiro lugar, que estamos nos referindo a "uma relação jurídica processual", e não "a relação jurídica processual". Essa sutileza se justifica porque o processo dá ensejo a múltiplas relações jurídicas. Não há apenas uma relação jurídica processual; há diversas. O processo gera um conjunto (feixe[41]) de relações jurídicas.

É possível imaginar o Ministério Público como réu de um processo – assumindo o polo passivo da principal relação jurídica processual, portanto. O exemplo mais corriqueiro, embora não seja o único, é o do Ministério Público como réu de uma ação coletiva passiva derivada[42] – uma ação coletiva passiva que nasce de um processo coletivo ativo (ação rescisória de sentença proferida em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, *v. g.*). Outro exemplo: ação que visa a anular termo de ajustamento de conduta celebrado pelo Ministério Público. Nestes casos, o Ministério Público atua no processo como legitimado extraordinário.

É possível, ainda, cogitar uma situação em que o Ministério Público seja réu, agindo na qualidade de legitimado ordinário. Pense na hipótese de que o Ministério Público, durante a obra de edificação de sua Sede, possa vir a destruir patrimônio arqueológico ou arquitetônico da comunidade. O Ministério Público poderá ser réu de uma ação coletiva, muito possivelmente proposta por outro Ministério Público. Neste caso, atuará no processo como legitimado ordinário.

Mas o Ministério Público pode estar no polo passivo de outras relações jurídicas processuais.

Se o réu de uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, opuser uma exceção de incompetência relativa, esse mesmo Ministério Público assumirá o polo passivo desta relação processual (aquela instaurada em razão do fato jurídico "exceção de incompetência relativa"). A qualidade de "excepto" é uma posição processual passiva. As posições processuais de "recorrido" e de "embargado" (nos embargos à execução), comumente assumidas pelo Ministério Público, também são passivas.

Há quem aceite, como se verá em item próprio, que o Ministério Público intervenha, como assistente simples, nos processos propostos contra membro do MP, em razão de ato praticado no exercício da função. Trata-se de intervenção que

---

[41] CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo.* Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35; MONACCIANI, Luigi. *Azione e Legittimazione.* Milano: Giufffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005, p. 28; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 251; DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo.* 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 65-67.

[42] Sobre a ação coletiva passiva, cf. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 377 e segs.

se justifica no interesse jurídico reflexo de defender as prerrogativas institucionais. Neste caso, o Ministério Público seria assistente simples do réu, assumindo, por isso, uma posição no polo passivo de uma relação processual.

7. O Ministério Público na Defesa de Direitos Individuais de Crianças e Adolescentes e a Desnecessidade de Atuação de Curador Especial

O presente item pretende oferecer resposta à seguinte indagação: agindo o Ministério Público como substituto processual em favor de criança e/ou adolescente, há necessidade de atuação de curador especial (defensor público) para a defesa dos direitos do substituído? Ou seja: em ações ajuizadas pelo Ministério Público na seara da infância e da juventude, há necessidade de intervenção de curador especial para proteger a situação jurídica da criança ou do adolescente?

Embora, como já mencionado, não seja nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações ajuizadas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais.

Araken de Assis, por exemplo, ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa perplexidade ao afirmar que "o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto [ausência de autorização legislativa], legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos"[43].

É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização normativa[44], mas no caso do Ministério Público existe uma previsão constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição). Em nosso atual sistema jurídico, toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa.

No que se refere aos direitos individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou em diversas oportunidades a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual[45].

---

[43] ASSIS, Araken de. "Substituição Processual". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 9, dezembro de 2003, p. 18-19. O esclarecimento entre colchetes é nosso.

[44] O que não significa que necessariamente seja autorização *legal*. Assim, ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 426; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o problema da efetividade do processo". *Temas de Direito Processual Civil – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7; ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo:* Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 859-866.

[45] Exemplo: "Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal,

Persistindo em sua linha interpretativa restritiva, o Superior Tribunal de Justiça também vem negando legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar.[46]

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente e de uma percepção simplista do perfil constitucional da instituição, já que a legitimação do Ministério Público decorre da indisponibilidade do direito e independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas, sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco.

A legitimidade do Ministério Público não está condicionada a nenhum fator externo que não seja a indisponibilidade do direito. O fato de o menor estar sob o poder familiar se mostra irrelevante no particular, especialmente porque, se os pais são omissos, é necessária a atuação de um terceiro – no caso, o Ministério Público – para que o direito seja adequadamente tutelado. Não é por outro motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II, considera que a situação de risco ensejadora de medidas protetivas pode ser caracterizada pela omissão dos pais[47].

---

a legislação infraconstitucional inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade. 2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente." (REsp 684594/RS – Rel. Min. Castro Meira, DJ 10.10.2005, p. 318). Na fundamentação do acórdão, partiu-se de uma premissa completamente equivocada a nosso sentir: a de que o Ministério Público só pode defender direitos individuais se forem homogêneos. Trata-se de absoluta falta de compreensão dos princípios institucionais do Ministério Público insculpidos na Constituição e de toda legislação infraconstitucional, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sequer é citado. Se fosse verdadeiro o raciocínio assentado nesse acórdão, ao Ministério Público seria vedado, por exemplo, o ajuizamento de ações de investigação de paternidade, o que nem mesmo é mais objeto de discussão na jurisprudência. Além disso, o artigo 127 da Constituição possui clareza solar ao legitimar o Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis. Essa legitimidade é autorizada constitucionalmente e em nada se confunde com a vedação do exercício de advocacia pelo Ministério Público, que apenas estará exercendo sua função constitucional.

[46] Cf. REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido." (RESP 659498 / PR – Rel. Ministro Jorge Scartezzini - DJ - 14.02.2005, p. 214. Noticia-se, no Informativo de Jurisprudência nº 541, de 11 de junho de 2014, que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, no sentido de que "o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente, independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou de o infante se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca". No momento em que escrevemos este texto, ainda não foi divulgada a íntegra do acórdão que, ao que parece, caminhou na minha argumentativa ora exposta. De todo modo, não nos é possível proceder a um exame crítico do referido julgado antes da leitura do inteiro teor.

[47] No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial: *"penso que está sendo feita*

Não deixa de ser curioso observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva[48], sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial[49].

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata[50].

---

indevida limitação à atuação do Ministério Público no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é apenas nos casos de abandono, perda ou suspensão do pátrio poder que a lei atribui ao Ministério Público promover em juízo a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais de crianças e adolescentes. A sua competência é ampla, pois a proteção do Estatuto se estende a todos os casos de ameaça ou violação aos direitos dos menores (art. 98), e para lutar por eles a lei apôs o Ministério Público, dando-lhe as atribuições elencadas no artigo 201. A carência de alimentação de uma criança decorre de falta dos pais ou responsáveis, e a hipótese se enquadra na situação prevista no art. 98, inc. II, onde o direito é ameaçado ou violado por falta dos pais. Para esse caso, o art. 201, inc. III, do ECA, dispõe: compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos. Somente descumprindo a lei é que se pode retirar essa competência do Ministério Público, diminuindo o campo de sua atuação e causando grave prejuízo aos menores necessitados, pois a experiência do Foro demonstra que, muitas vezes, especialmente nas pequenas comarcas, é o Ministério Público a única instituição capaz de zelar pelos desassistidos. Sendo assim, reconheço no Ministério Público legitimidade para promover a ação de alimentos, ainda que as crianças estejam sob pátrio poder da mãe. Pergunto-me: quem proporá a ação em favor dessas duas pobres crianças?" (destacamos).

48 "Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução" (RESP 208429 / MG - Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 01/10/2001, p.205).

49 Em decisão mais recente, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou evolução de seu entendimento: "Direito civil e processual civil. Ação de execução de alimentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. - É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. - Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do Ministério Público como substituto processual em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. - O tão só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas." (REsp 510969/PR, DJ 06.03.2006, p. 372, Rel. Min. Nancy Andrighi).

50 Nesse sentido, assim se pronunciou o Ministro Teori Albino Zavascki: "poder-se-ia, quem sabe, duvidar da autoaplicabilidade do art. 127 da CF, em face do seu conteúdo indeterminado, o que comprometeria sua força normativa para, desde logo, independentemente de intermediação do legislador infraconstitucional, autorizar o Ministério Público a propor demandas judiciais em defesa dos bens jurídicos ali referidos. A dúvida não tem consistência. Mesmo quando genéricas, as normas constitucionais possuem, em algum grau, eficácia e operatividade. 'Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...', ensina José Afonso da Silva. (Autoaplicabilidade das normas constitucionais, SP, RT, 1968, p. 75). 'De fato', observa Celso Bandeira de Mello, 'não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se esfrutavam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideram desejável, conveniente, adequado' (Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Revista de Direito Público, v. 57, p. 238). Ora, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127) é um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Trata-se de

Finalmente essa posição doutrinária tornou-se jurisprudência[51], restando

preceito muito mais específico que o contido, por exemplo, no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria". Voto proferido no Recurso Especial nº 822.712/RS, de sua relatoria, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 196. Essa posição também foi defendida em sua tese de doutoramento: *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 234/237.

[51] "Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art.127 da CF/88. Precedentes. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma autoaplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel.Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos" (EREsp 819010/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13/02/2008, DJe 29/09/2008). "Processual civil. Embargos de declaração. Pretensão de reexame de matéria de mérito (Administrativo. Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos. Criança portadora de esquizofrenia hefrênica. Direito individual indisponível. Art. 227 da CF/88. *Legitimatio ad causam do Parquet*. Art. 127 da CF/88. Arts. 7.º, 200, e 201 da lei n.º 8.069/90). Inobservância das exigências do art. 535, e incisos, do CPC. 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum*, não há como prosperar, porquanto inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EDcl nos EREsp 693.711/RS, DJ 06.03.2008; EDcl no AgRg no MS 12.792/DF, DJ 10.03.2008 e EDcl no AgRg nos EREsp 807.970/DF, DJ 25.02.2008 2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o aresto recorrido assentou que: "1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129). 6. *In casu*, trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a condenação do réu ao fornecimento de medicamento (olanzapina), de forma contínua, em favor de paciente hipossuficiente, portadora de esquizofrenia hefrênica. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP. Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp

ainda pendente uma definição sobre o cabimento de curadoria especial em situações mencionadas neste item.

Não se discute que a Defensoria Pública é um componente fundamental para o efetivo acesso à justiça dos hipossuficientes, não havendo sequer possibilidade de um debate sério sobre a efetividade da tutela de direitos sem que haja uma preocupação com a devida estruturação de uma assistência judiciária eficiente. Exatamente por isso a legislação a guindou à condição de curador especial por excelência, na forma do artigo 4º, VI, da LC nº 80/1994. Isso não significa, entretanto, que a Defensoria Pública tenha onipresença, a seu talante, em quaisquer causas que lhe aprouver, ainda que haja presença de necessitados em um dos polos da relação processual.

O curador especial é um representante processual *ad hoc* para suprimento de uma incapacidade processual, não guardando nenhuma relação com o direito material em disputa, e suas funções são protetivas[52], eminentemente defensivas, não lhe cabendo o ajuizamento de reconvenção ou de ação declaratória incidental[53]. É atividade tipicamente processual que visa a restaurar um contraditório deficiente, ao menos formalmente, já que existe a autorização para formular defesa genérica (artigo 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil). O curador especial, no desempenho dessa função protetiva de esfera jurídica, com a finalidade de equilibrar o contraditório, deve ser obrigatoriamente nomeado pelo juiz[54]. A atividade por ele exercida é tipicamente processual, sem nenhuma repercussão de direito material e sua função cessa com o término do processo[55], razão pela qual Pontes de Miranda dizia que "à expressão 'curador especial', preferimos a de 'curador à lide', porque em verdade ele só serve à lide. Tão ligada a ela é a sua restrita função que só o juiz da causa o pode nomear"[56]. Essa representação processual do curador à lide visa regularizar o processo: i) integrando a capacidade processual de incapaz que

819010 / SP, DJ 02.05.2006". 4. Embargos de Declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no REsp 1098600/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009). "Processual civil. Gestante. Estado crítico de saúde. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Direito indisponível. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07). 3. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009).

[52] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 263.

[53] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 283; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

[54] Cf., por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2009, p. 104/105.

[55] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 64-67.

[56] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 257.

não tenha representante ou cujos interesses estejam em choque[57] com os de seu representante; ii) garantindo a paridade de armas e equilibrando o contraditório, quando atua na defesa do demandado, nas hipóteses do inciso II do art. 9º , que são incapazes processuais[58].

Essa configuração específica do curador especial coincide essencialmente com as características da Defensoria Pública, no que se refere à impossibilidade de atuação *ex officio*. Não pode a Defensoria Pública arvorar-se da condição de curador especial geral ou genérico, sem nomeação judicial e, principalmente, sem função de equilibrar um contraditório que está plenamente estabelecido, sem que incida nenhuma daquelas hipóteses antes mencionadas. A curadoria especial não é um cheque em branco[59] ou um conceito vago que sirva como uma espécie de salvo-conduto processual, autorizando o ingresso potestativo da Defensoria Pública em causa alheia.

Decorre da sistemática processual, portanto, que a Defensoria Pública não pode atuar como curador especial sem que haja designação judicial e muito menos quando não há desequilíbrio do contraditório. Sobretudo se não há incapaz no processo: proposta a ação pelo Ministério Público, o incapaz é terceiro-substituído, não é parte.

Ao intervir espontaneamente em processo pendente, a Defensoria Pública subverte essa disciplina processual, podendo frustrar a própria finalidade de sua atuação, não só por despender energias em prejuízo de prestar a assistência devida a carentes que dela necessitam, mas também por dar causa a um tumulto procedimental, que inevitavelmente prejudicará a tutela de direitos, constituindo-se, assim, em um obstáculo processual, quando sua função é a de facilitar o acesso à justiça.

De maneira até didática, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra o Ministério Público na condição de substituto processual dos direitos individuais indisponíveis. A proeminência com que a Instituição é tratada naquele diploma legislativo demonstra que a tutela dos direitos da criança e do adolescente está a cargo do Ministério Público, inclusive por meio de medidas administrativas, sem prejuízo, evidentemente, da atuação da Defensoria Pública nos casos em que necessária e devida sua presença, como na assistência em procedimentos envolvendo a prática de atos infracionais por adolescentes, ou nos casos em que o incapaz estiver em juízo sem representante ou em conflito com ele (art. 9º, I, CPC).

---

[57] "Colisão de interesse é qualquer situação em que o ganho da causa por parte do incapaz diminuiria, direta ou indiretamente, qualquer interesse econômico ou moral do pai, tutor, ou curador. Basta o mais leve choque ou possibilidade de choque, entre interesse de um e interesses do outro, para que se tenha de nomear o curador especial" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 256). O artigo 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente basicamente reproduz essa regra.

[58] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 283.

[59] "A regra de competência não é um cheque em branco" (TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 5).

Pode-se discutir a política legislativa que levou a essa opção por parte da Constituição e desse microssistema, mas não se pode, na atual ordem vigente, querer outorgar – ou ocupar a fórceps – a outro ente, funções que não lhe pertencem[60]. Se a Defensoria Pública puder atuar como curador especial do Ministério Público – que é, em última análise, o que vem acontecendo, já que as crianças e adolescentes sequer figuram como partes no processo –, será o mesmo que autorizá-la, por exemplo, a aplicar medidas protetivas, fiscalizar entidades de atendimento e, quiçá, ajuizar uma espécie da vetusta ação penal popular.

O exercício digno e eficaz da assistência judiciária das crianças e adolescentes é dever da Defensoria Pública, mas sequer é seu monopólio (art. 141, § 1º, ECA), já que se trata de obrigação estatal que não pode, por sua insuficiência, impedir a defesa dos necessitados. Em suma, a Defensoria Pública corporifica o advogado que o Estado deve oferecer quando necessário (artigo 206, ECA), não havendo espaço para a criação de figuras extravagantes que não estão previstas no sistema jurídico.

Acrescente-se, ainda, que a defesa dos direitos das crianças e adolescentes pelo Ministério Público é plena, não havendo que se falar em desequilíbrio do contraditório ou do devido processo legal em relação aos substituídos.

8. Ministério Público Federal e Competência da Justiça Federal

Este item tem por objetivo apresentar uma solução à seguinte questão dogmática: a presença do Ministério Público Federal (MPF) como parte de um processo (autor de uma ação civil pública, p. ex.) é suficiente para que se atribua a competência para o processamento e o julgamento da demanda a um juiz federal? O caso ganha relevo, quando se constata o ajuizamento de inúmeras ações coletivas propostas pelo Ministério Público Federal, que a princípio não se encaixam em nenhuma das hipóteses de competência da Justiça Federal.

O texto serve como contraponto ao posicionamento defendido por Teori Albino Zavascki[61], grande processualista e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O problema envolve a discussão sobre a competência dos juízes federais fixadas em razão da *pessoa* – ou seja, distribuídas conforme a presença no processo, na qualidade de parte, de um determinado sujeito de direito.

---

[60] Note-se que a nova redação do artigo 134 da Constituição da República representa fundamental avanço para a devida estruturação e consolidação da Defensoria Pública, mas, ainda que possa contribuir para futuras discussões acerca da possibilidade de haver previsão de casos de substituição processual, em simetria ao disposto no artigo 127 da Constituição, em nada afeta a questão envolvendo a curadoria especial da forma como exposta neste texto.

[61] ZAVASCKI, Teori Albino. "Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público". *Processos coletivos*. Porto Alegre: 2009, v. 1, n. 1, out-dez. Disponível em www.processoscoletivos.net/artigos/091010_zavascki_competencia_para_a_causa_e_reparticao_das_atribuicoes. php, acesso em 07.10.2009, 07h30. Cf., ainda, repisando os argumentos de Zavascki, PEÑA, Eduardo Chemale Selistre; LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal: um contraponto ao entendimento de Fredie Didier Jr. *Revista de Processo*, nº 208. São Paulo: RT, junho de 2012.

As regras de competência dos juízes federais em razão da pessoa estão previstas em três incisos do art. 109 da Constituição Federal brasileira. No inciso II, há regra que atribui competência ao juízo federal nos casos de que façam parte, de um lado, pessoa residente no país ou município brasileiro e, de outro, estado estrangeiro ou organismo internacional. O inciso VIII prevê hipóteses de competência para processar e julgar *mandado de segurança* e *habeas data* contra ato de autoridade federal. Remanesce a hipótese do inciso I do art. 109, CF/88, que atribui competência para os juízes federais processarem e julgarem as causas "em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho".

A competência da Justiça Federal, quando o Ministério Público Federal for parte, costuma ser reconhecida em razão da incidência desse inciso I do art. 109 da CF/88.

Convém examiná-lo, então.

O inciso menciona três sujeitos federais, cuja presença em juízo como parte fazem com que o juízo federal seja o competente: União, empresa pública federal e entidade autárquica.

O caso, obviamente, não se refere à presença no processo de entidade autárquica ou de empresa pública federal.

A dúvida, portanto, diz respeito ao sentido que se deve dar à palavra "União".

A presença do Ministério Público Federal equivale à presença da União, para fim de determinação da competência da Justiça Federal?

A resposta é simples: não.

A presença do Ministério Público Federal não é fato jurídico da competência do juízo federal de primeira instância. Este fato não se encaixa em nenhuma das hipóteses de competência cível previstas no art. 109 da CF/88.

Nada há na Constituição Federal que indique que o Ministério Público Federal somente pode demandar perante a Justiça Federal. Também não há nada na Constituição que aponte a equiparação entre Ministério Público Federal e União. Ao contrário: a Constituição Federal optou *deliberadamente* por extremá-los, até porque antigamente cabia aos procuradores da república a representação judicial da União. Para tanto, prescreveu no inciso IX do art. 129, que cabe ao membro do Ministério Público "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

O *princípio da unidade* da Constituição impõe que ela seja interpretada como um *todo* normativo. *Não se pode entender que, em um momento, a Constituição expressamente quis extremar as figuras do MPF e da União (art. 129, IX) e, em outro, as quis equiparar implicitamente.* Trata-se de interpretação francamente irrazoável. Se

fosse o caso de equiparar esses entes, para fim de determinação da competência da Justiça Federal, a Constituição o faria expressamente, exatamente porque seria uma regra que excepcionaria a regra geral prevista no art. 129[62]. O direito não se interpreta em *tiras*, conforme conhecida lição de Eros Grau; muito menos a Constituição.

A circunstância de o Ministério Público Federal ser um órgão federal (e, nessa condição, ter *personalidade judiciária federal*) não é relevante para o enquadramento do caso na hipótese do inciso I do art. 109.

Quando pretendeu fixar a competência da Justiça Federal em razão da presença de um *órgão federal* em juízo, o Constituinte fez isso expressamente: no inciso VIII do art. 109, ao atribuir competência do juízo federal para o mandado de segurança e o *habeas data* impetrado contra ato de autoridade federal. *Não menciona a ação civil ajuizada por ente federal*, que é a situação ora examinada, embora pudesse fazê-lo; e se não o fez, não cabe ao intérprete fazer essa opção por ele. O inciso I do mesmo art. 109 apenas menciona *pessoas jurídicas federais*, não órgãos. Se o inciso I do art. 109 da CF/88 servisse também aos casos em que há a presença de um mero órgão federal em juízo, o inciso VIII do mesmo artigo passaria a ser inócuo, desnecessário. Esse tipo de interpretação da Constituição, feita em pedaços, fragiliza o texto constitucional ao retirar-lhe sentido normativo. Não é por acaso, pois, que há dois incisos, no mesmo artigo, referindo as hipóteses de competência da Justiça Federal em razão da presença de entes federais em juízo.

Distanciar o MPF da União funciona, ainda, como reforço da independência funcional do membro do Ministério Público, que, como é cediço, pode ser autor de uma demanda proposta *em face da União*.

Essa separação torna-se ainda mais clara quando se percebe o comportamento do próprio MPF em casos assim. Não é raro que o órgão do MPF, para tentar reforçar a sua tese de que a causa seria da Justiça Federal, peça a *intimação* da União para que diga se tem algum interesse na causa. Esse pedido de intimação é uma estratégia processual para deslocar a causa para a Justiça Federal: se a União ou a entidade autárquica interviesse na causa, o processo, aí sim, seria da competência da Justiça Federal, pois a hipótese normativa do inciso I do art. 109 incidiria indiscutivelmente. Se MPF e União se confundissem, para efeito de determinação da competência da Justiça Federal, não haveria qualquer razão para a intimação da União. Solicita-se

[62] "O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar ... Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1.209-1.210.)

a intimação da União exatamente porque ela não se confunde com o MPF, nem é representada por ele. São sujeitos distintos.

Se o ente federal não interveio no processo, a causa deixa de ser da competência do juízo federal, aplicando-se ao caso o n. 224 da súmula do STJ, que diz que "excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito". Ou seja: não mais existindo o fato que determinava a competência da Justiça Federal (presença de um dos entes previstos no inciso I do art. 109 da CF/88), a causa deveria ser remetida à Justiça Estadual.

Surge, então, outra dúvida: poderia o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda que se processa perante a Justiça Estadual? Sim, claramente: não há qualquer regra jurídica que impeça a atuação do MPF perante a Justiça Estadual.

Ao contrário, o inciso II do art. 37 da Lei Complementar n. 75/1993 é claro ao prescrever que o Ministério Público Federal exercerá as suas funções *"nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais"*. O texto normativo é muito claro: "quaisquer juízes e tribunais". "Qualquer", no particular, assume o sentido de "todo" (Houaiss, 1.3): pode o MPF demandar em todos os tribunais do país.

A tese se reforça quando se lê o § 5º do art. 5º da Lei Federal n. 7.347/1985, que autoriza o litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública: ora, se há essa possibilidade, significa que ou Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual demandará em Justiça que não lhe seria correspondente. Esse litisconsórcio é facultativo e unitário. Assim, exige-se que cada um dos litisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para demandar o mesmo pedido. Em casos em que se permite o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos, qualquer um deles poderia demandar sozinho, perante a Justiça competente para processar a causa respectiva. Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, ou vice-versa, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, promovendo, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal. Situação absurdamente ilícita, como se vê[63].

A simples presença do MPF no processo não basta para que a causa seja de competência da Justiça Federal de primeira instância[64].

---

[63] NERY Jr., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 798; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 237-238.

[64] A 1ª T. do STF acolheu esse entendimento expressamente no julgamento do agravo regimental no RE n. 596.836-ES, rel. Mina. Carmen Lúcia, j. em 10.05.2011, publicado no DJe de 26.05.2011. Em sentido diverso, STJ, 1ª. T, Resp n. 440.002-SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18.11.2004, publicado no DJ em 06.12.2004; STJ, 1ª S., AgRg no CC n. 107.638/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 28.03.2012, publicado no DJe de 20.04.2012; STJ, 4ª T., REsp n. 1.283.737, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.10.2013, notícia publicada em 07 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp. area=398&tmp. texto=112064&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco, acesso às 09h do dia 08 de novembro de 2013.

9. Conflito de Atribuições e Suspensão do Processo

Questão frequente no foro, mas praticamente ignorada doutrinariamente, é o problema da repercussão no processo da instauração de um conflito de atribuições entre membros do Ministério Público.

Para a solução do problema, é preciso estabelecer algumas premissas.

O eventual reconhecimento da falta de atribuição de um membro do Ministério Público implica reconhecer, necessariamente, que o ato por ele praticado foi viciado, tendo em vista que lhe faltava legitimidade para praticá-lo.

Legitimidade é, como se sabe, a capacidade para a prática de um ato específico. Não ter atribuição significa, para o processo, não ter capacidade para a prática de determinado ato processual – oferecimento de uma demanda coletiva ou de um parecer como *custos legis*, por exemplo.

Ao tempo em que se reconhece a falta de atribuição a um membro do Ministério Público, reconhece-se que essa atribuição é do outro membro do Ministério Público, também sujeito do conflito instaurado. A observação é importante: não se trata de dizer que falta atribuição ao Ministério Público, mas sim a um dos seus membros. A falta de atribuição ao Ministério Público, como instituição, é outro problema, distinto do ora examinado.

É preciso também observar qual é a atribuição objeto do conflito. A solução que se vier a dar não pode ser a mesma, certamente, se o que se discute é o poder de propor uma ação ou de dar um parecer como órgão interveniente. À diversidade do objeto do conflito se associa uma diversa solução dogmática.

Estabelecidas as premissas, é possível tentar resolver o problema dogmático que se põe.

Suscitado o conflito em torno da atribuição para a propositura de ação, deve-se aplicar, por analogia, o microssistema da tutela coletiva (ambiente em que a atuação do Ministério Público como autor é comum).

De acordo com esse microssistema, o processo coletivo não deve ser extinto por problemas relacionados à legitimidade ativa: deve-se proceder à substituição do autor por outro. Trata-se de aplicação analógica do que já dispõem os arts. 5º, § 3º da Lei n. 7.347/1985 e o 9º da Lei n. 4.717/1965[65].

Ao lado dessa, há outra regra, agora decorrente do art. 265, I, do CPC, que determina a suspensão do processo, em caso de perda da capacidade processual. As semelhanças entre a legitimação extraordinária e a capacidade processual[66] impõem a aplicação analógica.

---

[65] DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil.* 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 109.

[66] Note-se que, no processo individual, a falta de qualquer deles implica a extinção do processo sem exame do mérito. Sobre as semelhanças entre as figuras, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil.* 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 197.

Assim, instaurado o conflito em torno da atribuição para a propositura de uma ação, o processo deve ser suspenso, à espera da decisão do conflito pela autoridade competente[67], que resolverá uma questão preliminar ao conhecimento do mérito do processo já iniciado.

Se, porém, o objeto do conflito for uma atuação como fiscal da ordem jurídica, hipótese mais rara, a melhor solução parece ser admitir a dupla intervenção[68], sem a suspensão do processo pela instauração do conflito. Julgado o conflito, as manifestações do membro do Ministério Público tido como sem atribuição para o caso devem ser desentranhadas do processo. Outra solução possível consiste numa espécie de prorrogação de atribuição daquele que recebeu os autos do processo, até que a definição da atribuição se dê em procedimento administrativo próprio. Caso o membro do Ministério Público se recuse a participar do processo, inexistirá nulidade e o procedimento seguirá seu curso, desde que se assegure a intimação pessoal dos atos necessários. Não parece razoável, realmente, suspender o processo, à espera da definição sobre qual membro do Ministério Público deverá se manifestar. Seria prejuízo injustificável às partes e à duração razoável do processo.

10. Ministério Público como Assistente Simples

Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa. Como diz Genacéia Alberton: o assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles.[69] O assistente simples atua no processo como legitimado extraordinário – pois, em nome próprio, auxilia a defesa de direito alheio. Trata-se de legitimação extraordinária *subordinada*, pois a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório.[70]

Há quem defenda a intervenção como assistente simples tendo em vista

[67] Sobre os aspectos institucionais envolvendo os conflitos de atribuição, vale conferir GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308/317.
[68] Essa alternativa é controvertida na doutrina institucional do Ministério Público (cf. GARCIA. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 476/478. MAZZILLI. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 412/423). Entretanto, o enfoque conferido no presente texto é um pouco diverso, na medida em que não tratamos do clássico problema envolvendo duas situações distintas que justificariam a intervenção do Ministério Público (exemplo: um incapaz em cada polo da relação processual), mas apenas procuramos oferecer alternativa para evitar que um incidente envolvendo a distribuição interna de atribuições paralise o processo. Um problema adicional a essa solução está na necessidade de se intimar pessoalmente ambos os órgãos do Ministério Público, já que, se admitida a intimação de apenas um deles – o que estiver "prevento", digamos assim -, o juiz resolveria o conflito de atribuição, ainda que provisoriamente, o que não é possível diante da legislação orgânica vigente.
[69] ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial.* São Paulo: RT, 1994, p. 68.
[70] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 10-12. Também assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 311.

a existência de um interesse institucional, que seria uma dimensão do interesse jurídico. O tema já foi abordado por um dos autores deste texto: "A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo. (...) É exatamente essa noção de 'caráter institucional' que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional".[71]

[71] "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 831-833. O autor cita os seguintes exemplos de aplicação da sua teoria: a) em determinada Comarca, é ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diária. Nessa hipótese, entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos limites legais, evidentemente) causar prejuízo atual ou potencial a toda Instituição; b) Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo função do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações; c) Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com exercício de suas funções. Em hipóteses desse jaez, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera subjetiva e pessoal do agente, habilitando a Instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas hipóteses, a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo. É certo que o membro do Ministério Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu "presentante") e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional, entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente. Também é possível haver assistência no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado de segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional (p. 833-834). Sobre esse específico ponto, e examinando o texto ora citado, Nelson

A dificuldade que surge para caracterizar o interesse institucional nestes casos é exatamente a natureza da ação de responsabilidade civil, que exige que se descreva um comportamento ilícito individualizado do membro do Ministério Público, imputando-se-lhe um agir doloso ou fraudulento (art. 85, CPC). Vê-se, pois, que nenhuma questão institucional, em princípio, será diretamente afetada em uma ação indenizatória e, além disso, a denominada "justiça da decisão" aparentemente em nada influirá na esfera jurídica do Ministério Público e não afetará nenhuma situação em processo posterior[72]. A "justiça da decisão" nada mais é do que a fundamentação da sentença e, na hipótese de ação de responsabilidade civil, a motivação cuidará apenas da análise da atuação subjetiva específica de um membro, não havendo um exame direto de questões institucionais. Além disso, por não possuir personalidade jurídica, não é simples a verificação de como a esfera jurídica do Ministério Público poderá ser afetada por um processo individual de responsabilidade civil. No mais das vezes, a esfera jurídica do Estado é que será afetada pelos atos do Ministério Público ou de qualquer outro agente público.

Diante desse quadro, repita-se, afigura-se mais difícil a caracterização do interesse institucional, o que faz com que se recomende uma mudança de enfoque no instituto da assistência. Realmente, se nos ativermos apenas aos efeitos naturais da sentença e sua relação com o assistente, dificilmente veremos possibilidade de o Ministério Público intervir no processo nessa condição. Entretanto, a questão deve ser resolvida pela ótica do interesse institucional de evitar que processos aparentemente apenas individuais acabem por prejudicar toda uma Instituição,

---

Nery Junior manifestou-se brevemente o entendimento de que o interesse institucional autoriza a intervenção do Ministério Público como terceiro: "O articulista [referindo-se ao texto de um dos autores], esforçando-se para assemelhar interesse institucional ao interesse jurídico da assistência simples, embora sem sucesso, com equivocadas premissas, faz um alvitre que, a *contrario sensu*, nos confere inteira razão nas nossas assertivas: 'Nesses casos em que a causa de pedir e o pedido veiculados em ação em face de membro do Ministério Público se refiram diretamente a questões institucionais, ou seja, prerrogativas e direitos de todos os integrantes, a causa sempre transcenderá a pessoa física da parte para atingir toda Instituição a que pertence'. Portanto, segundo o autor, quando a causa de pedir da ação de indenização ressalva um comportamento pessoal, dissociado das funções, deveres, garantias e prerrogativas do Ministério Público, por certo, afastado estará o interesse institucional. A citação do texto não significa que concordamos com as premissas. Ao contrário, há equívocos graves. Apenas, na fragilidade delas, encontramos razão às nossas ideias expostas no parecer e, agora, neste aditamento" ("Ação de reparação de danos proposta por juiz federal em face de Procurador da República. Objeto da demanda. Conteúdo falso de entrevista voluntariamente concedida para jornal de grande circulação. Ofensa à honra do juiz federal. Delimitação da *quaestio iuris* a partir da natureza e da particularidade da conduta do réu. Impossibilidade de intervenção da União e do Ministério Público federal no processo como assistentes do réu. Acerto da decisão do TRF-2.ª Região no agravo de instrumento interposto pelo autor. Medida cautelar proposta pelo Ministério Público federal no Superior Tribunal de Justiça. Inadequação. Inconsistências das decisões do Superior Tribunal de Justiça no caso", parecer publicado na *Revista de Direito Privado nº 29*. São Paulo: RT, janeiro de 2007, abordando especificamente a questão do interesse institucional na nota de rodapé nº 15 (trata-se de aditamento a outro parecer publicado no número anterior da mesma Revista). Infelizmente o parecerista não apontou as graves falhas técnicas que afirma haver identificado, o que impede maiores desenvolvimentos nesta Sede, até porque a dificuldade da tese e as diversas ressalvas necessárias constam do próprio texto original, como, aliás, reconheceu o próprio Nery Junior.

[72] Enfoque crítico sobre a vinculação à justiça da decisão: DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à "justiça da decisão". *Revista de Processo, nº 225*. São Paulo: RT, novembro de 2013.

já que ninguém duvida que a possibilidade de condenação de um membro do Ministério Público por ato cometido no regular exercício de suas funções acabe por criar uma situação desfavorável mais ampla, que transcenda a esfera individual e atinja indistintamente, como fato, todos os membros e, consequentemente, a própria Instituição[73].

Certamente, a proposta veiculada neste trabalho causará perplexidade, caso o instituto da assistência seja pensado em seus moldes clássicos, limitado ao direito individual e, normalmente, patrimonial.

Além de o próprio sistema já autorizar a intervenção do Ministério Público como assistente, na medida em que é reconhecida a existência de interesse institucional, é importante lembrar que vem ocorrendo uma abertura legislativa do instituto da assistência, já que o legislador pode dispensar a existência de efetivo interesse jurídico para o ingresso de terceiro no processo.

O artigo 5º da Lei nº 9469/1997 dispensa a demonstração da existência de interesse jurídico por parte das pessoas que enumera e o artigo 49, parágrafo único, da Lei 8906/1994, autoriza a OAB ser assistente de um de seus membros em caso de violação de direitos da classe.[74] Essa tendência de abertura, embora realmente sejam discutíveis os critérios adotados, deve ser levada em consideração na moderna interpretação da assistência.

Na realidade, o critério utilizado pelo legislador, ao estabelecer os requisitos para o ingresso de um terceiro em processo pendente, responde a *"motivos de política judiciária"*, como bem identificou Donaldo Armelin, que prossegue afirmando que, "*a rigor, a regra que deveria presidir a outorga aos terceiros de legitimidade para intervir em processo alheio seria a que estabelecesse um justo equilíbrio entre a lesividade do prejuízo emergente de tal processo para o terceiro e as consequências negativas para as partes da intervenção desse terceiro no processo*".[75]

No caso da intervenção do Ministério Público, a nova realidade jurídica recomenda sua atuação como assistente nas hipóteses que delimitamos, sendo

[73] Havendo casos em que realmente tenha havido desvio na atuação do Promotor ou Procurador, evidentemente a Instituição não terá nenhum reflexo desfavorável em sua situação jurídica, de modo que não intervirá em hipóteses dessa espécie. A rigor, o próprio Ministério Público terá interesse em apurar devidamente o caso e tomar as medidas administrativas cabíveis, já que o uso do cargo para fins anormais é uma agressão à própria Instituição, mas não estará configurado o interesse institucional nos moldes apresentados no item anterior. Exatamente pelas peculiaridades das ações de responsabilidade civil é que afirmamos que o interesse institucional não estará presente automaticamente em hipóteses de processos em que se discuta a responsabilidade civil de membro do Ministério Público. Somente na análise do caso concreto é que será possível aferir a presença do interesse que legitima a intervenção do Ministério Público como assistente. Caso se entenda que a atuação funcional de seu membro foi regular, o Ministério Público poderá intervir no processo para auxiliá-lo; caso vislumbre a existência de dolo ou fraude, não haverá intervenção. Em havendo o ingresso do Ministério Público como assistente e, no curso do processo, a instrução revelar que houve atuação irregular de seu membro, simplesmente a Instituição desistirá da assistência, o que pode ser feito em qualquer momento processual.

[74] A OAB necessita dessa autorização legislativa por ser uma entidade de classe, não havendo, pois, como demonstrar algo equivalente ao que estamos denominando de *interesse institucional*, já que sempre o advogado estará agindo individualmente e no próprio nome, no que se refere à dimensão de seus atos.

[75] *Embargos de Terceiro*. Tese de doutoramento. PUC/SP, 1981, p. 26. Inédito.

inegável que há um justo equilíbrio entre a extrema lesividade que pode emergir do processo e as consequências de sua intervenção, recomendando-se, pois, a admissibilidade do ingresso como terceiro.

11. Encerramento

O objetivo primeiro deste breve texto consiste em apontar para uma presença multifacetada do Ministério Público no processo civil, ainda não explorada devidamente em estudos acadêmicos e em regra mal compreendida pela jurisprudência.

A maior presença do Ministério Público na seara processual é inversamente proporcional ao número de estudos dedicados a compreender suas peculiaridades, responsabilidades, progressos, possibilidades, desvios e vicissitudes. Não é exagerado afirmar que, salvo textos dedicados ao exame da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, grassa um inexplicável silêncio sobre sua atuação processual, que não mais pode ser resumida apenas à condição de órgão interveniente no processo civil individual.

Evidentemente, o impacto da atuação do Ministério Público pós Constituição de 1988 não se resume aos aspectos jurídico-processuais, exigindo, na realidade, uma investigação multidisciplinar[76], especialmente no âmbito de implantação das políticas públicas, da atuação extrajudicial e de seu comportamento nas relações de poder, incluindo o difícil equilíbrio entre a tutela da probidade de terceiros e a convivência com práticas administrativas endógenas que, às vezes, podem reproduzir atos que são combatidos no exercício da atividade institucional.

Trata-se, pois, de uma Instituição complexa que, no âmbito processual, revela-se pródiga em novas abordagens.

Este artigo pretende apenas integrar essa tentativa de contribuição para o entendimento do "novo" Ministério Público no processo civil.

[76] Para uma visão crítica e interdisciplinar: ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002. SILVA, Cátia Aida Pereira da. *Justiça em Jogo:* novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça. São Paulo: Edusp, 2001. KERCHE, Fábio. *Virtude e Limites:* autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil. São Paulo: Edusp, 2009.

Sobre a Atividade Probatória Judicial em Processo Penal

On Judicial Evidential Issues in Criminal Procedure

Rodrigo da Silva Brandalise*

Sumário

1. Introdução. 2. O Processo Penal. 3. A Verdade no Processo Penal 4. Os Sistemas Processuais. 4.1. O Sistema Acusatório. 4.2. Sistema Inquisitivo. 5. A Polêmica sobre a Atividade Probatória Judicial. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo examina a questão relativa à atividade probatória judicial em processo penal, notadamente pela atualidade do tema no Brasil, a partir do enfrentamento de temas que lhe são inerentes, quais sejam, o próprio processo penal, a verdade por ele buscada e os sistemas processuais. Ao final, objetiva demonstrar que referida atividade probatória está umbilicalmente ligada com o sistema acusatório que tanto se cultua.

Abstract

This paper examines the question of the judicial evidential activity in criminal proceedings, from coping issues that are inherent, namely the criminal proceedings itself, the truth sought in criminal procedure and the procedural systems, notably because of the actuality of these subject in Brazil. Finally, it aims to demonstrate that such evidential activity is linked with the adversarial system that is desired.

Palavras-chave

Processo Penal. Verdade. Sistemas Processuais. Atividade Probatória Judicial.

Keywords

Criminal Procedure. Truth. Procedural Systems. Judicial Evidential Issues.

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça em Pelotas, RS, Brasil. Endereço eletrônico: rsbrandalise@gmail.com.

1. Introdução

Dentre diversos assuntos que perseguem o processo penal, um se mostra cada vez mais atual no contexto brasileiro.

Da permanente dicotomia entre sistema acusatório e sistema inquisitivo, aportou a discussão sobre a chamada "gestão da prova". Por ela, a possibilidade de o juiz dispor de poderes instrutórios faria um retorno à Inquisição, pois a simples realização de uma prova em prol da acusação o colocaria como predisposto a condenar o réu,[1] ao passo que, ao não ter referido poder, estar-se-ia diante de um sistema acusatório, com a prova competindo às partes, unicamente. Referida discussão foi apresentada, no Brasil, no ano de 1993, quando do chamado *Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo*.

Assim, nos termos do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal (CPP),[2] teríamos um processo penal inquisitorial vigente no direito brasileiro, segundo quem comunga tal opinião. Como alternativa, surgiu a proposição descrita no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal,[3] que tornará positiva a determinação de que temos um sistema acusatório, com a ressalva de que o juiz poderá, apenas, produzir prova em prol da defesa.

Do que se disse, cabe perguntar: é essa a diferenciação de um sistema para o outro? O sistema acusatório estará maculado se o juiz participar, de ofício, da produção da prova? A ideia exposta no projeto expressa, de fato, o afastamento do processo inquisitório?

Responder estas e outras questões pertinentes, passando pelos pontos que se mostram adequados para tanto, é o objetivo do presente trabalho.

2. O Processo Penal

Porque precisamos de um processo penal?

---

[1] Nessa linha de raciocínio, podem ser citadas as seguintes decisões, sem prejuízo de outras tantas: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. *Habeas corpus* nº 70003938974, documento não paginado; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação crime nº 70022266498, documento não paginado. Ainda, há uma outra decisão que considera que o fato de o juiz poder produzir prova de ofício, no atual estágio do direito processual penal brasileiro, classificaria o nosso sistema como *sistema acusatório misto*, que representa a transição de um sistema inquisitório para um sistema acusatório (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Apelação crime Nº 70050677673, documento não paginado).

[2] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

[3] O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (artigo 4º). Isto apesar do que dispõe o art. 165, parágrafo único, do mesmo projeto, que afirma que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

Para iniciarmos a resposta, acorre-se à doutrina: "Não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe dá; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violência".[4] Ou seja, a jurisdição é uma atividade substitutiva da dos membros da comunidade,[5] surgindo quando a comunidade não cumpriu, por si mesma, as normas de conduta.[6-7]

No processo penal, o efeito jurídico da punição somente é possível com a atuação judicial, poder de Estado, pelo que ela é necessária (*nulla poena sine judicio*).[8] Portanto, não há que se falar em lide (pretensão resistida), porque, ainda que o réu aceitasse a pena de plano, haveria a necessidade de que o juízo se manifestasse. Assim, o que existe é um conflito de interesses de alta relevância social[9] (de um lado, o interesse do Estado em punir os culpados; de outro, o interesse do acusado em permanecer em liberdade[10-11]).

A compreensão de devido processo legal faz com que o processo venha, ao final, tutelar os interesses indispensáveis para a vida comunitária,[12] quais sejam, o direito à integridade física e moral, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à personalidade. Pelo que se quer dizer que ele não se define, apenas, pelo direito ao processo, mas também com o alcance de seu objetivo protetivo.[13-14]

Disso tudo cabe dizer que o objeto do processo penal é o direito de punir,

---

[4] TUCCI, 2002, p. 18.
[5] TUCCI, 2002, p. 21.
[6] TUCCI, 2002, p. 23.
[7] Como vem expressado na doutrina italiana: "*Il processo è il luogo rituale dell'esperienza umana dove il diritto è conosciuto, dichiarato e ricondotto dall'empireo delle norme generalli ed astratte alla fattispecie concreta della quaestio facti.*" (CALLARI, 2012, p. 1).
[8] TUCCI, 2002, p. 34.
[9] Os direitos fundamentais estão definidos no contexto individual e coletivo, o que acaba por estabelecer deveres fundamentais a todos, inclusive ao Estado. O que se percebe da Constituição Federal é que o garantismo nela estabelecido prevê, igualmente, a proteção coletiva. Assim, a interpretação da Constituição não pode ser feita de forma literal. Ao prever a existência de direitos individuais e coletivos, e a necessidade de sua proteção, imprescindível estabelecer contornos constitucionais que admitam e exijam as duas proteções (FISCHER, 2013, p. 36-38).
[10] TUCCI, 2002, p. 46 e 173.
[11] TORNAGHI, 1987, p. 88.
[12] Sem olvidar de que está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, também deve ser respeitada a dignidade pessoal do acusado (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 39). Também há de ser pontuada a garantia da ampla defesa, que compreende o direito de ser informado da postulação contra si, para que seja procedida a defesa, e que se consolida com a citação (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 61-62); a bilateralidade da audiência, consequência de poder manifestar-se sobre a atuação daquele que possui uma visão antagônica a sua (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 65); e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, pois, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
[13] TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 16-17.
[14] Por haver a discussão de interesses de especial relevo dentro do processo penal, não pode ele ser considerado como uma relação contratual, de forma meramente dispositiva, pois não pode ser deixado às partes o risco da impunidade ou da punição excessiva (NIEVA FENOLL, 2013, p. 40-41).

que pretence à jurisdição, [15] não às partes.[16-17] Assim, a ação penal corresponde ao exercício da jurisdição criminal para solução do conflito.[18] Expressa, portanto, um meio, não um fim,[19-20] tanto que a ação penal independe do crime.[21]

O direito à jurisdição impõe o ônus de demandar e a conjunção do direito e do ônus forma o processo, pelo que se pode dizer que a ação é anterior a ele. O direito à jurisdição é conferido às pessoas em geral, ao passo que o dever de prestação jurisdicional somente é efetivado pelo Poder Judiciário.[22]

O que deve estar presente é que o processo penal surge não pela prática do delito em si, mas para obter a compreensão de como ele foi praticado. Relevante expor que o Estado exerce a jurisdição penal porque, sem ela, não há como haver a imposição de qualquer pena ou medida de segurança.[23-24]

3. A Verdade no Processo Penal

O que o processo penal busca?

Há de ser observado que o processo penal caminha para o alcance de uma verdade, tanto mais próxima dela for possível, conforme os limites que a lei e as Constituições permitem.

A questão toma relevo porque estamos a tratar de Estado de Direito (no qual se busca o equilíbrio entre interesses estatais e individuais), e não mais de Estados-polícia (exemplo das ditaduras, em que se vê a possibilidade de largas punições, inclusive contra pessoas inocentes, onde o criminoso deixa de ser o indivíduo para ser o próprio Estado) e de Estados-observadores (de papel mais passivo, onde as relações são definidas pelo jogo de poderes, com a predominância da noção de

[15] Como exposto no artigo 35 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho*.
[16] TUCCI, 2002, p. 49.
[17] Aliás, oportuna a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro: "A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí por que não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. [...] Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da 'verdade material' [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal nº 470-AgR-segundo, p. 3-4).
[18] TUCCI, 2002, p. 80.
[19] TUCCI, 2002, p. 84.
[20] Novamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro: "Nos termos do art. 209 do CPP, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo. [...] Não prevê a legislação processual momento próprio para inquirição das testemunhas indicadas pelo juízo na forma dos arts. 156 e 209 do CPP, nem se verifica prejuízo à ampla defesa a inquirição ocorrida antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 95.319-SP, p. 1).
[21] TUCCI, 2002, p. 85.
[22] TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 13-14.
[23] TORNAGHI, 1987, p. 87-88.
[24] Por isto que é possível dizer que, mesmo desaparecido o interesse de quem acusa na condenação, permanece o interesse público dúplice, o que mantém vivo o processo (TORNAGHI, 1987, p. 88).

imposição do direito pelo mais forte).[25]

Há de se perceber a diferença entre os sistemas probatórios estabelecidos pela *common law* e pela *civil law*. No primeiro, dá-se especial confiança ao julgamento pelo Tribunal do Júri, que diz qual é a verdade, sem maiores preocupações com a verdade próxima do real (o júri brasileiro adota postura assemelhada). No segundo, a busca pela verdade é um princípio imprescindível ao sistema, com o juiz devendo estabelecer a verdade a partir dos meios de prova, de maneira racional.[26-27]

No Brasil, a primeira pergunta do interrogatório é, justamente, se a acusação é verdadeira (CPP, art. 187, § 2º, inc. I), do que se extrai que o juiz não pode fazer consideração por presunções e mentiras, quaisquer que sejam as origens delas.[28-29] Até mesmo a confissão necessita ser confirmada pela prova (CPP, art. 158).

Da leitura da Constituição brasileira, nota-se que o próprio preâmbulo dela aponta em tal sentido, já que se assenta na liberdade, na segurança e na justiça, valores essenciais que não conseguem sustentáculo se embasados na mentira – exigem uma verdade que dê alicerce a eles.[30]

Ainda conforme o direito brasileiro, isso vem disposto quando se observa que, mesmo sendo a ação penal pública obrigatória, o Ministério Público tem a missão de adotar as providências que sejam imprescindíveis ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, inc. II); a testemunha que mente é punida por falso testemunho, e deve ela cumprir com os requisitos que lhe conferem credibilidade (CPP, art. 203); no Tribunal do Júri, o juiz presidente deve adotar as diligências que forem necessárias para que o esclarecimento da verdade não seja prejudicado, seja de ofício, seja a pedido das partes, seja por qualquer jurado (CPP, art. 497, inc. XI).[31]

Em suma, a verdade processual, consequência que é da prova,[32] perfectibiliza-

[25] GÖSSEL, 2004, p. 64-65.
[26] TARUFFO, 2012, p. 43-44.
[27] Somente a título de exemplo, para relatar um trecho da história da verdade no processo penal, cumpre considerar que os ordálios não serviam, propriamente, como prova para o juízo, mas para a parte adversa, na medida em que usado para acelerar a resolução e determinar a aceitação do resultado por aquele que perdeu. Eram usados, contudo, quando os meios de prova comuns não eram suficientes para a resolução do conflito, sem maiores preocupações com a verdade (TARUFFO, 2012, p. 22). Entretanto, no século VIII, houve a definição da verdade objetiva como fim a ser buscado pelo processo, com a substituição dos ordálios. Com tal desiderato, a verdade passa a ser buscada pelas partes e pelo juízo, que tinha ativa participação na definição dela, ainda que pelo método da *inquisitio*, pelo qual várias testemunhas eram inquiridas (TARUFFO, 2012, p. 26-27).
[28] ARAS, 2013, p. 250.
[29] Aliás, não custa relembrar no próprio Código de Processo Penal brasileiro que a chamada dúvida é a última das hipóteses de absolvição, o que demonstra estar o diploma legal muito mais interessado em obter uma aproximação com a verdade como motivo de um julgamento de improcedência da ação penal. Como diz o artigo 386: *O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.*
[30] ARAS, 2013, p. 250.
[31] ARAS, 2013, p. 251-252.
[32] "*La prueba tiene que suponer um intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes* (…)" (MONTERO AROCA, 2014, p. 32).

se como a imagem idealizada daquilo que foi apresentado no processo. Seu ápice surge com o fenômeno da coisa julgada, cujo principal objetivo é a proibição da continuidade de discussão acerca dos fatos, com o que soluciona o conflito estabelecido.[33] Tal verdade encontra barreiras na averiguação da culpabilidade do criminoso, que pode fazer com que sejam ocultadas motivações relacionadas com as práticas, dado que a verdade processual encontra-se naquilo que é possível provar.[34] O objetivo do processo penal, portanto, não é a verdade em si, mas a fixação da responsabilidade, a imputação e a demonstração de que não cabe a aplicação da presunção de inocência àquele acusado.[35-36]

O que deve estar presente é a compreensão de que não se modula a verdade, já que esta é sempre uma. O que pode ser qualificado é o conhecimento e a confirmação dela, que pode ser relativo ou absoluto, o que dependerá de quão próximo ele chega da verdade que se quer demonstrar,[37] apesar de ser certo que o conhecimento da verdade é limitado ao juiz[38] - afinal, há, p. ex., os sigilos constitucionais e a impossibilidade de violação de domicílio.

Importante notar que a noção de verdade não se confunde com a de certeza, p. ex... Para tanto, basta recordar que a Terra tem formato quase esférico e, por longo tempo em nossa História, havia a certeza de que a Terra era plana, o que demonstra que as certezas e convicções pessoais nem sempre retratam a realidade tal como ela ocorre/ocorreu.[39]

4. Os Sistemas Processuais

Tradicionalmente, os sistemas processuais são apresentados como acusatórios e inquisitoriais.

---

[33] GALAIN PALERMO, 2011, p. 266.

[34] "[…] *Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la 'búsqueda de la verdad' como un objetivo central del procedimiento penal. La verdad empírica o jurídica que se obtiene en el proceso penal es una verdad histórica limitada normativamente, que no puede ser asimilada a la verdad histórica o fáctica, aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal […].[…] Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el 'examen de verdad' que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamento, y este deber de 'averiguación de la verdad' no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la 'verdad del hecho' que le es presentado al juez por iniciativa ajena. Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la 'búsqueda de la verdad' en un sentido amplio, factual o histórico.*" (GALAIN PALERMO, 2011, p. 264-265).

[35] GALAIN PALERMO, 2011, p. 268.

[36] Encontrar a verdade não é o fim ao qual o Direito se submete. Ele existe para legitimar a apuração de fatos e a punição daqueles que os cometeram, caso previstos como condutas criminosas. A retribuição é consequência do que se pode assim denominar como "merecimento" e "necessidade" da punição, cuja validade decorre da função de evitar a prática de novas condutas assemelhadas (GALAIN PALERMO, 2011, p. 280).

[37] TARUFFO, 2012, p. 105.

[38] TARUFFO, 2012, p. 107.

[39] TARUFFO, 2012, p. 108-110.

4.1. O Sistema Acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se, dentre outras, pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais, que se confrontam em igualdade de armas,[40] e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial.[41]

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da dialética dentre aqueles que possuem interesses contrapostos nos processos.[42]

O berço do sistema acusatório foi o direito ateniense, já que o poder emanava do povo.[43] Como exemplos de modelo acusatório, podem ser citados o direito grego (iniciava com uma acusação de cunho privado e se desenvolvia com um processo de partes) e o direito romano durante a República (surgia com uma acusação particular e estava presente a imparcialidade de quem julgava em relação a ela).[44] No sistema acusatório *clássico*, prevalecia a figura do acusador particular[45] sobre o público, situação inversa àquela encontrada no sistema atual, tido como *contemporâneo*.[46] A imagem clássica perdeu importância por causas identificadas com a diminuição da punição, a existência de imputações acusatórias falsas e a construção de verdades processuais modificadas, uma diminuta proteção ao acusador particular e aos seus familiares, o que também acontecia com as testemunhas, e a não execução das sentenças – defeitos que também levaram ao surgimento do sistema inquisitivo.[47-48-49]

Mas ele não se realizou apenas na Antiguidade. Quando do período republicano, Roma buscou seu modelo de sistema junto ao Direito Ateniense, firmando o modelo acusatório, o que acabou por ser difundido quando da consolidação do império romano, que influenciou o modelo inglês, não o contrário.[50] Neste período da República, moldado pela acusatoriedade, havia um órgão colegiado composto por cinquenta cidadãos, enquanto o acusador cuidava da investigação que embasava a posterior acusação.[51]

Na atualidade, outros exemplos de sistema acusatório podem ser apresentados.

Por certo, começa-se com os europeus, seja por sua importância no mundo jurídico internacional, seja por ter sido a origem do ordenamento jurídico brasileiro. Como percepção

[40] ANDRADE, 2013, p. 111.
[41] SOUSA MENDES, 2013, p. 26-27.
[42] TONINI; CONTI, 2014, p. 13.
[43] ANDRADE, 2010b, p. 16.
[44] SOUSA MENDES, 2013, p. 22-26.
[45] No caso, qualquer cidadão podia, devidamente munido de provas, apresentar a acusação ao povo. Assim, o cidadão incumbia-se da função de defender o interesse coletivo (TUCCI, 1976, p. 144).
[46] Consoante sustenta Andrade, 2013, p. 107-110.
[47] ANDRADE, 2013, p. 107-110.
[48] TUCCI, 1976, p. 86.
[49] Aliás, também cabe apresentar que, em Roma antiga, o processo acusatório mostrou-se insuficiente à repressão, bem como que o acusador tornava-se vítima de vinditas advindas do acusado (TUCCI, 1976, p. 160).
[50] ANDRADE, 2010b, p. 16-17.
[51] TUCCI, 1976, p. 149 e 153.

primeira, no direito europeu continental em geral, vige a ideia de obrigatoriedade, que exige a indisponibilidade da ação penal, para que não seja aquela burlada pela forma de atuação do acusador público em momento posterior ao oferecimento.[52]

Assim, há a necessidade de busca da *conformidade ao direito*, com a correta aplicação da lei aos fatos, o que acaba por ser o fim da jurisdição. O processo persegue a existência de uma situação juridicamente relevante – a verdade é o substrato básico da legalidade da decisão.[53]

Por primeiro, então, menciona-se o processo penal alemão. Aqui, vige o princípio da investigação (*Instrucktionsmaxime*) e o princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*).[54-55] Assim, está assentado na busca pela verdade material e a correta decisão ao caso concreto. Para tanto, o juiz, de forma independente e imparcial, também participa da busca desta verdade, lastreado nos princípios da publicidade, oralidade e imediação.[56]

Pela importância e pela longínqua influência junto ao ordenamento jurídico português,[57] cabe dizer que, na Itália, vigora o sistema acusatório,[58] com a possibilidade da prova de ofício pelo juízo.[59]

Na Itália, o contraditório é visto como um direito individual, bem como uma forma de avaliação do fato. Como consequência, não está à disposição das partes, na medida em que o juízo pode determinar a produção de provas, como forma de suprir a inércia ou o erro dos outros sujeitos processuais.[60]

Aqui, também, vige o princípio da legalidade/obrigatoriedade do

---

[52] ANDRADE, 2010b, p. 21.
[53] TARUFFO, 2012, p. 139-140.
[54] GALAIN PALERMO, 2006, p. 49.
[55] A isto, adiciona-se a noção de que há um procedimento de cunho preparatório, controlado pelo Ministério Público (SCHÜNEMANN, 2013, p. 299-300).
[56] KOBOR, 2008, p. 106-108.
[57] Como explica Page (2011, p. 41): "*Portuguese laws are founded on Roman ones. This is for reasons distinct from those of other European countries, which took on the Roman model through adopting Napoleonic Code, at the beginning of the nineteenth century. For 2.000 years now, the Portuguese have shown a consistent preference for the Roman legal system* (…). *On the expulsion of the Moors, the founding fathers of the new Portugal promulgated a Roman legal system again*."
[58] Na Itália, ainda que não tenha havido a previsão constitucional, a Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, estabeleceu o sistema acusatório igualmente (L. 16 febbraio 1987, nº 81. *Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuevo codice di procedura penale (Suppl. ord. Alla G.U. Serie gen. nº 62 del 16 marzo 1987).*" – [...] – "*2.1. Il Codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificati dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: 73. [...] potere del presidente, anche su richiesta di altri componente del collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovo od imcompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova* – extraído de ANDRADE, 2010b, p. 4).
[59] Como consta em Andrade (2010b, p. 6) e no Código de Processo Penal italiano: Art. 190. *Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue* (190-bis, 4954) *o irrilevanti* (468). 2. *La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio* (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603). Art. 507. *Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove.*
[60] TONINI; CONTI, 2014, p. 39.

oferecimento da ação penal, nos termos do artigo 112º da Constituição italiana (*il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*). Visa, antes de tudo, realizar o tratamento mais igualitário entre todos aqueles envolvidos no delito, com o firme propósito de evitar-se a existência de pressão externa na atuação do órgão responsável pela acusação, submetida ao controle judicial.[61]

Já em Portugal (primeira base jurídica que o Brasil teve), vige a estrutura acusatória por expressa previsão constitucional,[62] além da presença de um princípio investigatório.[63] A valoração realizada pelos magistrados do Ministério Público lusitano está atrelada ao princípio da legalidade[64] e à objetividade que o determina.[65]

Nesse último, reconhece a doutrina a existência de um sistema acusatório comum ao mesmo sistema adotado no continente europeu, decorrente da separação entre quem acusa e quem julga, bem como porque o arguido possui o direito de conhecer a acusação contra si disposta, justamente para o exercício do contraditório (bases para a produção da verdade em juízo).[66]

Mantendo-se dentro do espectro europeu, mas saindo do continente, tem-se o chamado direito anglo-saxônico, que originou a *common law*, e que, além das ilhas britânicas, encontra maior repercussão no direito americano. Caracteriza-se pela adversariedade,[67] que consiste em uma variação do modelo acusatório, em que prevalece a disputa entre as partes[68] frente a um julgador que se posiciona mais próximo de um árbitro durante a persecução.[69]

Assim, vige a noção de *oportunidade* da ação penal, já que é possível a *disponibilidade* do processo e de seu objeto, bem como que há a necessidade de uma *verdade* que as partes entendam como adequada dentro do processo, o que também justifica a via negociada para satisfação de suas conveniências,[70-71] com o

---

[61] PIZZI E MONTAGNA, 2004, p. 441.
[62] Constituição da República de Portugal, artigo 32º, nº 5.
[63] Código de Processo Penal, artigo 340; e Figueiredo Dias (2011, p. 46). Mesquita (2010, p. 52), por tais razões, define o modelo português como um *acusatório integrado pelo princípio da investigação* que encontra sua base de legitimação nas ideias éticas e políticas do sistema que busca aplicar.
[64] Constituição da República de Portugal, artigo 219º, nº 1.
[65] CAEIRO, 2000, p. 34.
[66] MESQUITA, 2010, p. 435-436.
[67] A doutrina aponta que a adversariedade é, de fato, temperada por interesses de justiça. Isto porque o *prosecutor* tem a obrigação de informar as provas em favor do acusado, mesmo que diga quanto à pena a ser imposta. Entretanto, é de salientar que a mesma obrigação não é imposta aos defensores que têm conhecimento de provas em favor da acusação e que, por esta, não é conhecida (PIZZI, 1999, p. 148-149).
[68] Nele, o órgão acusador e o arguido são colocados em uma condição de igualdade, de forma a ser protegida a autonomia do último, para que ele possa exercer sua liberdade defensiva, sendo que o sistema pressupõe a existência da verdade para confirmar suas versões, a partir desta mencionada igualdade (WEIGEND, 2003, p.159).
[69] MESQUITA, 2010, p. 49-50.
[70] TORRÃO, 2000, p. 46.
[71] Importante notar que a passividade judicial originou-se da conveniência dos julgadores, notadamente porque os jurados desejavam o rápido julgamento para logo voltarem aos seus afazeres, porque não desejavam alongar as instruções para que o próprio julgamento não se alongasse, o que acabou por sacramentar a visão de que o processo penal era algo disponível conforme o interesse das partes (ANDRADE, 2010b, p. 19-20) – aliás, não é demais apontar que esta passividade do jurado também é presente no júri brasileiro, pois a prática bem demonstra que os jurados, em sua grande maioria, querem

firme propósito de evitar o julgamento e as mais graves consequências decorrentes do júri, pelo que havia a renúncia ao direito de julgamento pelo colegiado em troca de um apenamento minorado.[72-73]

Nessa realidade anglo-saxônica, em suma, o julgamento é a demonstração da vitória de uma parte sobre a outra.[74]

4.2. Sistema Inquisitivo

No outro extremo, apresentou-se o sistema inquisitivo.[75] Tal sistema ficou conhecido pela possibilidade de concentração da investigação, da acusação e do julgamento em um titular apenas,[76] quando ausente outro responsável pela acusação.[77] Surgia, assim, o chamado processo de ofício.[78]

---

livrar-se o mais rápido possível do estorvo que é a participação nos julgamentos.

[72] FEELEY, 1997, p. 198-200.

[73] De ser apontado que os juízes americanos não se mostraram muito dispostos a receberem a possibilidade de julgamento de delitos graves nos chamados *bench trials* – afinal, se 12 jurados decidiam de um mesmo jeito, muito mais correta deveria ser a decisão. Assim, os juízes protegeram-se da responsabilidade moral e jurídica, bem como da impopularidade eventualmente dali decorrente, através da concordância com as proposições feitas pelo Ministério Público e aceitas pelo acusado (LANGBEIN, 1979, p. 269-270).

[74] SCHÜNEMANN, 2013, p. 248-249.

[75] A doutrina orienta que o processo penal romano apresentava a coexistência dos dois sistemas: o chamado *iudicium publicum* era pautado pela forma acusatória, enquanto que a *cognitio* era norteada pelo espírito inquisitório, que já apresentava a mistura do julgador e do acusador na mesma função (TUCCI, 1976, p. 85). Isto também foi impulsionado pela limitação ao número de acusações ao mesmo tempo, com a criação de impedimentos aos parentes para testemunhar, a obrigatoriedade de indicação de lugar e hora do crime, pelo aumento do número de crimes de lesa-majestade e pela possibilidade de prisão preventiva de quem acusava (TUCCI, 1976, p. 174). O sistema inquisitivo da Igreja Católica foi a incorporação do sistema inquisitivo que existia no direito romano na época do Império. Contou com forte apelo popular, em face dos efeitos de segurança pública que não aconteciam com o princípio dispositivo do sistema acusatório republicano (ANDRADE, 2010b, p. 24-25). Após a superação do direito local que caracterizava o Feudalismo pelo direito centralizado do advento das monarquias europeias, o direito canônico era o que melhor se adaptava a esta nova concepção de poder, o que ocasionou a recepção do direito romano-canônico por toda a Europa, salvo na Inglaterra, onde não se professava o direito romano nas universidades (ANDRADE, 2013, p. 279-281).

[76] Vale assentar que há opiniões, como a de Montero Aroca (2014, p. 60-61), no sentido de que inexistiu processo no chamado sistema inquisitivo, na medida em que não se pode falar em processo quando o julgador e o acusador venha a se confundir na mesma pessoa, tanto que define a expressão "processo inquisitorial" em uma contradição em seus próprios termos, ou um oximoro.

[77] "Satisfeitos os Inquisidores que a matéria é de fé pelo parecer dos teólogos, ou cerimônia conhecida de judeus ou mouros, heresia ou realização manifesta e de que não se pode duvidar, o Fiscal faça sua denunciação contra tal pessoa ou pessoas, pedindo sejam presos, apresentando a dita imputação e qualificação" (ANDRADE, 2006, p. 101, instruções de Valdés). Ou então: "Existe processo por acusação se, na frente do inquisidor, alguém acusar outra pessoa de heresia, manifestar sua vontade de provar sua acusação e declarar que aceita a lei de talião, segundo a qual o acusador aceita, se perder, pagar a pena que o acusado pagaria, se ficasse provada a culpa deste último" (EYMERICH, 1993, p. 106). Como já existia no direito processual penal romano, "se a sanção imposta fosse a capital, e o magistrado não recebesse a *provocatio ad populum* com efeito suspensivo de sua execução, determinando, por conseguinte, a efetivação desta, assumia, curiosamente, a condição de simples particular, autor de crime de homicídio, sempre que cassado pelo Povo seu veredito impositivo de pena de morte..." (TUCCI, 1976, p. 136).

[78] Ato processual que poderia acontecer, inclusive, com base na voz corrente, como se dava em Portugal (ANDRADE, 2013, p. 321). Na fonte: "Se não existir confissão espontânea, nem tampouco acusação ou delação, e sim boatos, numa determinada cidade ou região, de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé ou em favor dos hereges, neste caso, o inquisidor deverá investigar, não na instância de uma das

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da autoridade, que acumularia todas as funções processuais (juiz, acusador e, até mesmo, de defensor do acusado).[79]

Em linhas gerais, a Inquisição tinha como escopo a punição daqueles que praticavam a heresia[80] ou a apostasia (que vem a ser o abandono da fé). Ainda, daqueles que guardavam ou praticavam ritos e cerimônias judaicas ou qualquer outra que fosse contrária à fé do Cristianismo.[81]

De ser observado que, apesar das críticas que são comumente impostas ao período da Inquisição, algumas de suas previsões ainda estão presentes na atualidade jurídica brasileira (para não dizer na de outros países), e que são tidas como relevantes para a aplicação de um devido processo legal. Para tanto, podem ser citados:

a) a exigência de prazo razoável na duração do processo (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LXXVIII);[82]

b) a necessidade de cumprimento de requisitos para a decretação de prisão preventiva (CPP, artigo 312 e artigo 313);[83]

---

partes, mas segundo suas próprias atribuições" (EYMERICH, 1993, p. 108). Mais uma vez: "No processo por acusação, o inquisidor manda o acusador dar os nomes das testemunhas: estas serão citadas e interrogadas sob juramento. Se ficar claro que não acrescentam nada à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador a desistir. Se ficar claro que os depoimentos das testemunhas acrescentam algo à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador contentar-se em ser o delator, para que o inquisidor possa "proceder" segundo suas atribuições e não enquanto solicitante de uma das partes, e para que o acusador não se exponha a gravíssimos riscos. Se ficar evidenciado que as testemunhas confirmam plenamente a acusação e se o acusador tiver muito empenho em acusar, e não apenas em denunciar, o inquisidor deverá investigar exaustivamente as testemunhas, em presença do escrivão e de duas delas, fazendo-lhes, primeiramente, jurar, sobre os quatro Evangelhos, dizer a verdade" (EYMERICH, 1993, p. 110-111).

[79] TONINI; CONTI, 2014, p. 11.

[80] "Pois para que uma pessoa seja corretamente julgada como herege há de preencher cinco condições. Primeiro, há de estar em erro de julgamento ou de raciocínio. Segundo, o erro há de tratar de assuntos pertinentes à fé, seja contrário ao ensinamento da Igreja como a fé verdadeira, ou contrário à sã moralidade e, portanto, não conduzindo a alma do indivíduo à vida eterna. Terceiro, o erro há de encontrar-se naquele que professou a fé Católica, caso contrário seria um judeu ou pagão, e não um herege. Quarto, o erro há de ser de tal natureza que aquele que o defenda ainda preserve alguma verdade no Cristo, no que tange à Sua Majestade ou à Sua Humanidade; porque se um homem nega inteiramente a fé, é na verdade um apóstata. Quinto, há de ser pertinaz e obstinado na defesa de seu erro. Pois que esse é o sentido do Cânon onde trata da heresia e dos hereges é provado da seguinte maneira (não com o pretexto de refutação, mas com o de consubstanciar a glosa dos Canonistas)" (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 384).

[81] "E também que no fim do mesmo sermão publiquem os ditos inquisidores e façam publicar um termo de graça com trinta e quarenta dias como mais virem, para que todas as pessoas assim homens como mulheres que se encontrem culpados em qualquer pecado de heresia ou de apostasia ou de guardar ou de fazer os ritos e cerimônias dos Judeus ou outros quaisquer que sejam contrários à religião cristã [...]" (ANDRADE, 2006, p. 24-25, instruções de Torquemada).

[82] "E também acordaram e ordenaram que os que forem presos por este delito: que não sejam fatigados nas prisões e na dilação do tempo que logo se faça o processo com eles: porque não haja lugar de queixar-se: e não se detenham a causa de não haver inteira prova: pois que é causa que quando sobrevém prova se pode de novo agir não obstante a sentença que for dada" (ANDRADE, 2006, p. 43, instruções de Torquemada).

[83] "E também que os inquisidores tenham tento no prender: e não prendam nenhum sem ter suficiente prova para isso [...]" (ANDRADE, 2006, p. 53, instruções de Torquemada).

c) a necessidade de prova que não seja meramente indiciária[84] e que supere a presunção de inocência ou a dúvida para condenação (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LVII e CPP, artigo 386, inciso VII);[85]

d) a punição do crime de falso testemunho (Código Penal, artigo 342; CPP, artigo 211)[86] e a hipótese de suspeição de testemunhas (CPP, artigo 206; CPP, artigo 214);[87]

e) a necessidade de preservação da imparcialidade,[88] sem que se possa falar em suborno ou corrupção de quem atuava na função de Inquisidor[89] (CPP, artigo 252 a 255; CPP, artigo 564, inciso I);

f) a proteção do terceiro de boa-fé, como se vê nas hipóteses de medidas assecuratórias (p. ex., CPP, artigo 130, inciso II, e CPP, artigo 131, inciso II) ou nos efeitos da sentença criminal (Código Penal, artigo 91, inciso II, parte final);[90]

g) e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal 88, artigo 93, inciso X).[91]

---

[84] "Convém tornar a assinalar se o Juiz pode condenar, imparcialmente, uma pessoa pelo crime de heresia com base no depoimento de testemunhas que divergem entre si, ou que simplesmente reforçam uma acusação geral. Cumpre responder que não, em qualquer dessas situações. Mormente porque, como dissemos, as provas nesses casos devem ser mais claras do que a luz do dia. Portanto, nessa causa em particular, ninguém pode ser condenado com base em evidências meramente de presunção [...]" (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 402).

[85] "Dois depoimentos criam uma convicção, o que não significa que justifiquem uma condenação. De acordo com o crime, o inquisidor aplicará a punição, a abjuração ou a tortura. Na verdade, não seria muito prudente condenar um homem de boa reputação – e até de má reputação – baseando-se, apenas, em dois depoimentos" (EYMERICH, 1993, p. 220).

[86] "E também que os inquisidores castiguem e deem pena pública conforme ao direito às testemunhas que acharem falsas" (ANDRADE, 2006, p. 54, instruções de Torquemada).

[87] "Esta é a única exceção ao princípio geral sobre a validade universal dos testemunhos, tal como foi estabelecida pelos Concílios de Béziers e Narbona. Os casos de inimizade mortal são inúmeros e variados. Sua origem é a seguinte: violência, ameaças de morte contra si e contra familiares, injúrias particularmente graves, violação da mulher, irmã ou filha e atentado à propriedade" (EYMERICH, 1993, p. 217).

[88] "Outrossim que em nenhuma Inquisição se ponha Inquisidor nem oficial da Inquisição que seja parente nem criado de Inquisidor nem de oficial algum na mesma Inquisição" (ANDRADE, 2006, p. 81, instruções de Torquemada).

[89] "E também que nenhum Inquisidor nem oficial assim do Conselho como das Inquisições não recebam presentes de comer nem beber nem dádiva nenhuma de qualquer qualidade que seja de nenhuma pessoa nem de oficial da Inquisição, e se algum se achar assim maior como menor haver tomado alguma coisa de um real acima: que seja privado e revogado do ofício sendo convencido disso: e devolva o que levou com o dobro: e pague dez mil maravedis de pena: os quais retenha o Receptor em si de seu salário porque seja ao castigo e a outros exemplos: e o que o tal souber e não o revelar na visitação ou aos do conselho/que haja a mesma pena" (ANDRADE, 2006, p. 82, instruções de Torquemada).

[90] "[...] Mas por usar de clemência e humanidade com seus vassalos: e porque se alguns com boa-fé contrataram com os tais hereges não sejam fatigados: como quer que o direito pode fazer outra coisa: mandam suas altezas que todas as vendas e doações e trocas e quaisquer outros contratos que os ditos hereges, quer sejam condenados, quer reconciliados, fizeram antes que começasse o ano de setenta e nove/valham e sejam firmes contanto que se prove legitimamente com testemunhas dignas de fé ou por escrituras autênticas que sejam verdadeiras e não simuladas [...]" (ANDRADE, 2006, p. 88, instruções de Torquemada).

[91] "Posta a causa neste estado, os inquisidores juntarão consigo ao ordinário e consultores do santo ofício,

5. A Polêmica sobre a Atividade Probatória Judicial

Feitas tais digressões, chega-se à polêmica sobre a atividade probatória judicial.

Nossa Constituição não estabeleceu o sistema processual penal que deveria ser adotado no Brasil, mas estabeleceu um sistema de garantias[92] que, em momento algum, impede a atividade probatória do juiz. Confere, porém, a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, nos termos do seu artigo 129, inciso I.[93]

Como consequência, os Tribunais vieram a interpretar nosso contexto e, assim, acabaram por definir haver um sistema acusatório.[94-95] Surgiu, assim, a janela necessária para a discussão sobre a gestão da prova em território pátrio.

Como já mencionado, o grande cerne da questão sobre a gestão da prova,[96] em território brasileiro, está no conteúdo do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal e deságua no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal.

Parte-se do que se pode afirmar ser um pensamento esquizofrênico: se o juiz produzir prova em prol da acusação, estará ele prejudicado em sua imparcialidade,[97] pelo que passa a impressão de que o sistema inquisitivo somente admitiria a produção de prova pelo juízo em prol da acusação.[98]

---

aos quais comunicarão todo o processo sem que falte coisa substancial dele: e visto por todos se votará, dando cada um seu parecer conforme ao que sua consciência lhe ditar: votando sua ordem, primeiro os consultores e depois o ordinário e depois os Inquisidores: os quais votarão em presença dos consultores e ordinário para que todos entendam seus motivos, e porque se tiverem diferente parecer se satisfaçam os consultores de que os Inquisidores se movem conforme o direito e não por sua livre vontade. E o notário assentará o voto de cada um particularmente no registro dos votos, e assim se apontará no processo. E devem os Inquisidores deixar votar aos consultores com toda liberdade: e não consintam que nenhum atravesse nem fale senão em seu lugar. E porque no ofício da inquisição não há relator, o Inquisidor mais antigo porá o caso não significando seu voto, e logo o leia o notário. E o Fiscal se achará presente e se assentará abaixo dos consultores: e antes que se comece a votar sairá da sala onde foi visto" (ANDRADE, 2006, p. 115, instruções de Valdés).

[92] ANDRADE, 2010a, p. 3.

[93] "Em suma, e já agora na expressão de Castro Nunes, endossando manifestação de Jules Coumoul, o Ministério Público "é o agente ativo da Justiça em todos os assuntos em que predomina o interesse geral. Da função judiciária ele é o dínamo que a impulsiona ou a faz mover", quando – permitimo-nos aduzir – só de interesse particular, pessoal ou disponível não se trate" (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 225).

[94] ANDRADE, 2010b, p. 2.

[95] Nossos Tribunais interpretam haver um sistema acusatório, na medida em que inexiste regra expressa sobre o tema. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça preservam a possibilidade de investigações criminais presididas pelo Poder Judiciário, com afastamento das regras essenciais de um sistema acusatório – são resquícios de um sistema inquisitório e/ou misto. (ANDRADE, 2010a, p. 4).

[96] A origem da gestão da prova foi a reforma do Código de Processo Penal acontecida na Itália, onde prevaleceu a vontade estatal de possibilitar o juiz atuar de ofício na fase probatória, conforme veio expressado nos artigos 190 e 507 do referido Código, justamente como forma de controle essencial sobre a atividade das partes, especialmente pelos interesses indisponíveis que estão sendo discutidos no processo penal (ANDRADE, 2010b, p. 7).

[97] Com base nessa afirmação, foi referido que o sistema brasileiro era inquisitivo, na medida em que haveria uma gestão primordial pelo juiz, bastando que o juiz tivesse poderes instrutórios, sem a necessidade da extrema concentração, dado que, ao produzir prova em favor da acusação, já teria sua vontade viciada e dirigida para a condenação (ANDRADE, 2010b, p. 12-13).

[98] ANDRADE, 2010b, p. 27.

A iniciativa probatória do juízo é vista, inadvertidamente, como uma violação do princípio acusatório, que busca garantir a imparcialidade judicial a partir da ideia de que *ne procedat iudex ex officio*. Disto se extrai a regra de que é imprescindível a correlação entre a acusação e a sentença.[99]

Há formas de qualificar a atuação do juízo na gestão da prova. A primeira consiste na gestão da prova de ofício de maneira ampla, ou seja, ainda que as partes não a tenham requerido, como no caso do artigo 10 do Código de Processo Civil francês.[100] A outra caracteriza-se na possibilidade do juízo estimular que as partes produzam provas que entenda relevantes, ainda que as partes não as tenham produzido, nos termos do artigo 429.1 da *Ley de Enjuiciamento Civil* espanhola.[101] Entretanto, independentemente do modelo, cabe observar que não há um retorno à Inquisição, na medida em que a atuação dá-se de forma acessória e complementar à das partes – somente após perceber a necessidade de produção de alguma prova que não fora requerida pelas partes é que pode o juízo atuar de ofício.[102]

Convém observar que a hipótese espanhola já vinha prevista no Direito Romano acusatório. Os juízes romanos recebiam três tipos de votos (de absolvição, de condenação e de *non liquet* – "não está claro"). Ao vingar a votação de *non liquet*, era determinado às partes que produzissem outras provas para sanar a dúvida judicial, com a necessidade de uma ampliação da fase instrutória,[103] sem qualquer menção de quebra da imparcialidade daqueles que realizavam o julgamento.[104-105]

Cabe ao juízo manter a regularidade processual, a ordem dos atos, sem interesse no resultado final do que lhe é posto a julgamento, sob pena de impedimento, inexistência ou nulidade.[106] Não está ele determinado a um ato de mera estética, na medida em que a sentença é estabelecida sobre o caso concreto,

---

[99] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 112-113.

[100] *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.*

[101] *1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.*

[102] TARUFFO, 2012, p. 202-203.

[103] Além do *non liquet*, interessante notar que, no sistema romano, o juízo condenatório determinava a pronta execução da sentença, enquanto que a absolvição ensejava processo contra o acusador (TUCCI, 1976, p. 155).

[104] ANDRADE, 2010b, p. 17-18.

[105] Da leitura do artigo 480, § 1º (concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos) e do artigo 481 (se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias), ambos do Código de Processo Penal brasileiro, vê-se que é possível a ocorrência de tal fenômeno em nosso ordenamento jurídico.

[106] TORNAGHI, 1987, p. 141.

a partir da generalidade que a lei impõe.[107-108]

E aqui surge a principal confusão acerca do tema:[109] querer estabelecer a ideia de que o sistema inquisitivo se caracteriza pela gestão da prova em mãos do juiz, quando, em verdade, a real diferenciação reside na diferenciação de funções entre o juiz e o acusador[110-111] – sem esquecer, como já visto, que existia a figura do acusador na Inquisição.

Além disso, a ressalva de somente produzir prova em prol da defesa (como o projeto de alteração do CPP brasileiro quer aceitar) somente existiu no processo inquisitivo,[112-113] nunca no sistema acusatório.[114] Ou seja, a imagem do juiz que atua em prol do acusado está fundada em uma percepção totalmente diversa da própria intenção do projeto.[115-116] Na mesma linha, confunde-se a noção de disponibilidade da prova em processo penal como algo inerente ao sistema acusatório, quando, em verdade, somente existiu tal situação no âmbito do sistema inquisitório.[117]

---

[107] TORNAGHI, 1987, p. 155.

[108] Por oportuno: "A lei observa os cânones da lógica; a vida, que a sentença espelha, não tem lógica." (TORNAGHI, 1987, p. 155).

[109] "*En atención a lo expuesto, la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr este fin* (…)" (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 114).

[110] ANDRADE, 2010b, fl. 31.

[111] Na linha do que expõe a doutrina, em processo penal, "[...] *la unica dualidad existente es 'acusatorio/ inquisitivo' [...] dejando para el principio acusatório solamente aquello que le es próprio: la necesidad de existencia de uma acusación no ejercida por el juez* [...]" (NIEVA FENOLL, 2013, p. 141).

[112] A Inquisição espanhola não admitia que o juízo produzisse prova contra o acusado, conforme se observa da Instrução 14 de Torquemada. Isto ocorria mesmo quando a tortura (rainha das provas) não era requerida pelo acusador público, conforme a Instrução 21 de Valdés. A prova de ofício era determinada para a demonstração da inocência do sujeito acusado por heresia (ANDRADE, 2010b, p. 27).

[113] "[...] Mas em tal caso os inquisidores devem muito catar e examinar as testemunhas: e procurar saber que pessoas são: e se depuseram com ódio e malquerença: ou por outra má corrupção: e reperguntar-lhes com muita diligência e haver informação de outras testemunhas sobre a conversão e fama e consciência das testemunhas que depõem contra o acusado: o qual se remete a suas consciências" (ANDRADE, 2006, p. 32, instruções de Torquemada).

[114] ANDRADE, 2010b, p. 30.

[115] ANDRADE, 2010a, p. 12.

[116] "Logo os inquisidores com diligência se ocuparão em tomar as defesas que o réu tem pedidas e que lhe podem revelar, recebendo e examinando as testemunhas de seus abonos e indiretas, e as que apresentar para provar as contraditas feitas às testemunhas que contra o réu depuseram. E façam com mui grande diligência todas as coisas que convenham à liquidação de sua inocência, com igual cuidado que houverem feito o que diz respeito à averiguação da culpa, tendo grande consideração a que o réu por sua prisão não pode fazer tudo o que seja necessário e faria se estivesse em sua liberdade para seguir sua causa" (ANDRADE, 2006, p. 114, instruções de Valdés). Em outro clássico da Inquisição: "[...] O testemunho de um inimigo mortal deve ser recusado. Eventualmente, cabe ao inquisidor investigar sobre o tipo ou o grau de inimizade existente entre a testemunha e o réu" (EYMERICH, 1993, p. 217). De forma derradeira: "[...] Cumpre porém ao Juiz, por força do cargo, inquirir sobre qualquer inimizade pessoal manifestada ou sentida pelas testemunhas para com a prisioneira: e tais não poderão ser admitidas ou levadas em conta, como demonstraremos adiante. E quando as testemunhas prestam um depoimento confuso por alguma coisa que dependa de sua consciência, o Juiz poderá submetê-la a um segundo interrogatório. Porque quanto menor a oportunidade que a prisioneira tem de se defender, com maior diligência e critério há de conduzir o Juiz o julgamento" (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 401).

[117] "[...] *En el sistema inquisitivo se percibía que el juez sí que poseía ese poder dispositivo, pero precisamente porque el juez era una de las partes y, por tanto, era legítimo – dentro de ese esquema – que tuviera ese poder de disposición, que al esa rem manos del juez se concretaba, como ya se dijo, en el principio de oficialidad*

Aliás, também há outra confusão. A persecução penal tem duas fases: a pré-processual, realizada por órgãos da Administração Pública; a segunda, processual, formalmente acusatória e dotada de inquisitividade, e que pode levar à absolvição ou à condenação,[118] dada a relevância do conflito.[119] Ou seja, o processo inicia pela ação de uma das partes, visando ao julgamento da causa levada à cognição judicial.[120]

Dito de outro modo, há confusão entre o procedimento inquisitório, que tem a ver com a forma do processo, e a inquisitividade da atuação dos agentes estatais, que diz respeito à verificação da realidade dos fatos tidos como relevantes para a apreciação da causa,[121] que confere ao magistrado a possibilidade de perquirir a verdade dos fatos apresentados ao seu conhecimento.[122]

Mesmo o principal autor apontado como responsável pelo entendimento acerca da vedação do juiz em atuar na gestão da prova (até mesmo como critério diferenciador entre sistema acusatório e inquisitivo) não conforta a tese que, no Brasil, é advogada. Para Franco Cordero,[123] em trabalho publicado em 1964, a distinção dos sistemas estaria centrada na presença de uma acusação no primeiro, e somente na atuação de ofício no segundo sistema.[124] Cordero[125] diz ser paranoico um juízo atrelado ao modo inquisitivo, porém ressalta a existência de um verdadeiro modelo acusatório na Itália, voltado para a obrigatoriedade da ação penal e para a possibilidade de atuação judicial probatória supletiva, com o que se diferencia do modelo anglossaxônico.[126-127]

Até mesmo Carnelutti viu a gestão da prova pelo juiz como algo inerente ao processo penal, notadamente quando redigiu o projeto de lei para substituir o Código Rocco de 1930.[128]

---

entendido en modo maximalista […]" (NIEVA FENOLL, 2013, p. 143).

[118] TUCCI, 2002, p. 167.

[119] TUCCI, 2002, p. 177.

[120] TUCCI, 2002, p. 168-169.

[121] TUCCI, 2002, p. 26.

[122] TUCCI, 2002, p. 27.

[123] Como diz a doutrina: "Pois bem. Sem meias palavras, em nenhum momento nos sentimos constrangidos em afirmar que os defensores da teoria da gestão da prova não reproduzem as palavras de Cordero simplesmente porque não lhes interessa. Mais que isso, caso as reproduzissem, seria de conhecimento público que o autor italiano jamais vinculou o juiz ativo ao sistema inquisitivo, tal como se publica em larga escala no país. Logo, essa corrente de autores soterraria por completo o sucesso do que ela se propôs a fazer: construir ideologicamente um perfil de juiz, invocando a lição de quem não lecionou nesse sentido. [...] De modo mais claro, o que fez o autor italiano foi vincular os tais quadros mentais paranoicos ao inquisidor que trabalha sozinho no processo, sem que sua atuação probatória seja submetida ao contraditório por parte do sujeito passivo daquele mesmo processo [...]" (ANDRADE, 2013, p. 219).

[124] ANDRADE, 2010b, p. 39.

[125] CORDERO, 2000, p. 21.

[126] CORDERO, 2000, p. 101.

[127] ANDRADE, 2010b, p. 40.

[128] Na linha do projeto: "Art. 86. *L'inchiesta preliminare serve a non stabilire la certezza ma la probabilità che il reato sia stato commeso. A tal fine il pubblico ministero può interrogare l'imputato, esaminare i testimoni, ispezionare persone e cose, procedere a riconoscimenti o a confronti e fare quant'altro è necessario alla provvista delle prove da proporre al dibattimento. Il pubblico minitero, per il compimento di tali atti,*

Também há de ser dito que a gestão da prova pelo juízo não guarda nenhuma ofensa ao chamado Estado Democrático de Direito, justamente porque não há qualquer risco para a democracia se o juiz resolver inquirir alguém. Dizer que há afetação da democracia consiste, apenas, em um discurso de retórica. Por exemplo, Alemanha,[129] Itália[130] e Portugal[131] são democracias e admitem a gestão da prova pelo juízo,[132-133] assim como os Estados Unidos.

Aliás, calha fazer alguns comentários com mais vagar acerca de tais países.

Com exceção de Portugal, os outros países citados admitem a negociação como forma de obtenção de condenação criminal (na Alemanha, recebe o nome de *Absprachen*; na Itália, de *patteggiamento*; e, nos Estados Unidos, de *guilty plea*). Ou seja, tanto acusação como defesa podem dispor de maiores interesses probatórios para resolução do processo criminal. E, aqui, surgem elementos de grande importância ao presente estudo.

O Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), em decisão de 2013, ao analisar o sistema de acordos em sentença criminal germânico, salientou que continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão.[134]

Na Itália, desde a Sentença nº 313 de 1990 da Corte Constitucional, restou definido que o juízo faça o devido exame da proporcionalidade e adequação da pena, que não pode ficar ao mero alvedrio e pactuação entre as partes,[135]

---

può richiedere l'assistenza della polizia giudiziaria o anche delegare quest'ultima affinché compia atti determinati, esclusi l'interrogatorio dell'imputato, i riconoscimenti e i confronti. Art. 126. *Il pretore o il presidente invita l'imputato a rispondere alla esposizione del pubblico ministero o del difensore dell'offeso. Alla fine di tale esposizione, il pretore o il presidente può rivolgere all'imputato le interrogazioni che egli, gli altri componenti del collegio, il pubblico ministero o i difensore ritengono opportune per la migliore conoscenza dei fatti.* Art. 134. *Qualora dalla istruzione eseguita al dibattimento emerga l'esistenza di persone o di cose che possano servire utilmente da prova, il pubblico minitero, il privato accusatore o il difensore possono proporne e il giudice, anche di ufficio, può disporne la acquizione; in particulore può ordinare che siano chiamati al dibattimento nuovi testimoni."* (exposição presente em Andrade, 2010b, p. 44).

[129] StPO, § 244, II: *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*

[130] Codice di Procedura Penale, art. 507 (já citado anteriormente).

[131] Art. 340º, 1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

[132] ANDRADE, 2010b, p. 47.

[133] Por relevante, e para que não se perca, o próprio Código de Processo Penal Modelo para a América Latina autoriza a gestão da prova judicial. Citam-se: 1) *147. Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. 1. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320. 2) 289. Prueba de oficio. En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.*

[134] ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

[135] "[...] *qui, invece, il giudice trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in*

notadamente pelo que dispõe o artigo 27, 3, da Constituição de lá ("*le pene non possono consistere in trattamenti contrari ao senso di umanitá e devono tendere alla rieducazione del condannato*"). Assim, o julgador confere a formalidade do rito escolhido, a adequação da pena imposta, a correção da qualificação jurídica dos fatos[136] e se foi devidamente analisado o comportamento do acusado.[137] Também tem ele a possibilidade de decretar a absolvição do réu, ainda que presente o acordo, com base no artigo 129 do Código de Processo Penal.[138]

Ou seja, a decisão não pode estar fulcrada, unicamente, no acordo formulado entre a acusação e a defesa.[139-140] Inexiste a renúncia à manifestação judicial quanto à verdade e à responsabilidade.[141-142] Se não houver concordância judicial, o

cui le parti le hanno valutate, sicché ben può contestare che la definizione giuridica cui le parti s'attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze. E già questa è valutazione di merito ed aspetto essenziale della soggezione del giudice soltanto alla legge" (ITÁLIA. *Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 6)*. Ou, como diz Callari (2012, p. 3): "[...] *la Corte costituzionale rinsaldò, definitivamente, nelle mani del giudice il potere-dovere di accertare l'assenza di elementi per un proscioglimento allo stato degli atti, e di valutare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze, la sussistenza di circostanze attenuanti e la retta applicazione dei criteri utilizzati nella prospettazione di un giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti* [...]."

136 ANGELINI, 2013, p. 224.

137 O juiz deve negar a homologação do acordo quando constatar que a pena é excessivamente leve e não contribui com a reeducação do arguido, se considerada a gravidade da conduta penal e a capacidade de delinquir do réu (PITTARO, 1999, p. 20).

138 "Art.129 Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza (442, 444, 455, 459, 469, 531, 26 min.). 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato (150 e seg. c.p.) ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione (530) o di non luogo a procedere (425) con la formula prescritta."

139 Chamada a decidir sobre a questão, a Corte de Cassação italiana, por suas Seções Unidas, entendeu que não haveria qualquer mácula à imparcialidade judicial quando o juiz suprisse a atividade probatória do Ministério Público. Em interpretação extensiva ao artigo 507 do Código de Processo Penal, na medida em que não havia qualquer impedimento ao magistrado em atuar de ofício na produção de prova que não fora tempestivamente requerida pela parte, mesmo que provocado pela parte que a deixou de arrolar. Ou seja, o artigo em questão autoriza que o julgador seja mais do que um árbitro (ANDRADE, 2010b, p. 8-9). Essa conclusão decorre do fato de que o Ministério Público italiano está atrelado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pelo que a ação ajuizada é indisponível. Assim, não poderia a condução da ação ser feita como se fosse disponível, servindo o juízo como controle sobre a atuação do acusador público, como garantidor de seu cumprimento. Entretanto, a atuação judicial não se aplica, somente, para a hipótese de acusação. Ele também pode atuar em prol do acusado, em decorrência dos princípios da legalidade e da igualdade (ANDRADE, 2010b, p. 9-10).

140 A formação da convicção judicial está nas bases fáticas obtidas e demonstradas no processo, não pela mera vinculação à vontade das partes, o que justifica sua atuação independente sobre o mérito da causa penal (FROMMANN, 2009, p. 216).

141 CALLARI, 2012, p. 13.

142 Trata-se de uma característica peculiar do sistema italiano, apesar de ter introduzido sinais de sistema adversarial em seu processo penal (FROMMANN, 2009, p. 98). Vão mantidos, assim, dispositivos constitucionais que determinam a finalidade da pena (artigo 27, nº 1 – *la responsabilità penale é personale* – e 3, da Constituição italiana), a legalidade do persecução penal (artigo 127 da Constituição italiana), a liberdade pessoal (artigo 13 da Constituição italiana – *la libertà personale è inviolabile*), o direito à defesa (artigo 24, nº 2, da Constituição italiana – *la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*) e a presunção de inocência ou de não culpabilidade (artigo 27, nº 2, da Constituição italiana – *l'imputato non è considerado colpevole sino alla condanna definitiva*) (CALLARI,

acordo é rejeitado por *ordinanza*,[143] com a devolução ao Ministério Público, seja para readequação do acordo, seja para seguimento da ação penal se não for viável a readequação.[144]

E o mais marcante vem descrito nos Estados Unidos. Mesmo com a previsão de disponibilidade da ação penal pelas partes, há regras expressas no sentido de que haja uma busca mais aprofundada da verdade dentro do processo penal.[145] É o que se pode concluir do exame da *Rule* 102 inserta na *Federal Rules of Evidence*,[146] da *Rule* 614 (a) descrita na mesma *Federal Rules of Evidence* [147]e da *Rule* 2 presente na *Federal Rules of Criminal Procedure*.[148]

A propósito, algumas das principais críticas ao sistema americano residem, justamente, no papel assumido pelos juízes em vista dos acordos.[149] Isto porque a função do juiz acaba por ser a de evitar, não a de realizar, juízos orais e públicos, pelo que seria um coator do acusado – ou seja, faz com o que júri seja utilizado em pouquíssimos casos.[150] Aliás, até é possível dizer que o sistema americano de negociação aproxima-se do sistema inquisitivo, já que a investigação do Ministério Público americano é que conduz à pena ser imposta, com a aquiescência dos advogados e dos juízes.[151]

2012, p. 10). A atividade judicial faz o controle da exatidão entre o fato, a qualificação jurídica dele e a sanção adequada (CALLARI, 2012, p. 3).

[143] Da rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com a eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada (ANGELINI, 2013, p. 226-227).

[144] ANGELINI, 2013, p. 224.

[145] A doutrina americana apresenta que: "*We often talk about trial as 'fights' or 'contests', and envisage evenly matched combatants operating under the same rules enforced by a neutral referee. But closer examination reveals the inaccuracies of this analogy. The combatants are not equal and do not play at the same rules. Prosecutors are supposed to care not just about convicting, but about justice, and so they have different responsabilities from defense attorneys. By the same token, a judge cannot simply be a neutral referee indifferent to the outcome. He or she should also be responsible for seeing that justice is done*" (PIZZI, 1999, p. 149). Pizzi (1999, p. 142, 144-145 e 222) apresenta que um dos problemas do fraco papel desempenhado pelos juízes no sistema americano decorre da confusão entre imparcialidade com passividade e que o sistema americano ainda não definiu qual a sua verdadeira prioridade, na medida em que, ao contrário de outros sistemas, o americano está muito mais vinculado à compreensão de que deve prevalecer a vitória de uma parte sobre a outra, não na persecução da justiça, notadamente quando se observa que a estrutura recursal está muito mais preocupada em encontrar os erros procedimentais de quem julga do que o acerto da decisão, motivo pelo qual os juízes acabam por considerar mais aquilo que os tribunais apontam como erro de procedimento, desfocando da noção de busca da substancialidade do processo.

[146] *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.*

[147] *(a) Calling. The court may call a witness on its own or at a party's request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) Objections. A party may object to the court's calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.*

[148] *These rules are to be interpreted to provide for the just determination of every criminal proceeding, to secure simplicity in procedure and fairness in administration, and to eliminate unjustifiable expense and delay.*

[149] "*Perhaps the most radical solution to these agency cost problems is to give judges a more active role in reviewing plea bargaining. […] By digging into the evidence, judges might gain a sense of how strong the government's case is and thus how large a discount award at sentencing* […]" (BIBAS, 2004, p. 2542-2543).

[150] Montero Aroca (2014, p. 85-86), dentre muitos outros.

[151] MONTERO AROCA, 2014, p. 87.

E onde toda a discussão encontra palavras finais é em Portugal. Como dito anteriormente, o sistema acusatório tem previsão constitucional em território lusitano. Porém, o Tribunal Constitucional português externou lapidar lição sobre o tema, que, dada sua relevância, vai transcrita para evitar-se perda de conteúdo e de ideia: "Há que partir da constatação, já feita no Acórdão nº 584/96, de que o artigo 340º, nº 1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material. Este princípio significa, mesmo no quadro de um processo penal orientado pelo princípio acusatório (artigo 32º, nº 5 da Constituição), que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria 'instrução' sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material".[152]

Também é relevante indicar o que estabelece a Recomendação n. R(87)18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (que previu a possibilidade de consenso dentro do processo penal), em seu inciso III, alínea "a", nº 6: *In systems which provide for judicial investigation, the possibility of dispensing with it should be accompanied by safeguards at three levels: (…) - at the stage of the court hearing, the bench must be able to make conclusive investigations during the said hearing in order to determine itself the validity of the charges laid before it and, if considered useful, to entrust an independent judicial authority with the task of making supplementary enquiries.*

Mas, por dever de lealdade, cumpre citar que a questão que envolvia a iniciativa probatória do juízo nesses países levou a extinção de tal poder ao juiz de instrução[153] (aquele que preside a fase de instrução que antecede o oferecimento da acusação, ou seja, que atua na fase de investigação). A consequência disto foi conceder a fase de investigação a quem é seu titular, ou seja, o Ministério Público[154] - em momento algum, como já visto, o juiz que analisará o mérito da ação penal, após o oferecimento da acusação, está proibido de determinar provas de ofício, se a atividade das partes for deficitária.[155]

---

[152] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 363/01. Acórdão nº 137/02, documento não paginado. Aliás, em outra decisão advinda do território português, mais recente: "[...] As diligências processuais, enquanto meios de prova, são classificadas no CPP, como essenciais, necessárias e convenientes, prevendo-se no art. 340º do CPP que o juiz, oficiosamente ou a requerimento, realiza as diligências necessárias, relevantes, de grande interesse, absolutamente indispensáveis à descoberta da verdade, mandando, até, notificar as partes dessa necessidade, nos termos do n.º 2 do art. citado, se não figurarem na acusação ou pronúncia. Mas recusará a sua concretização se for notório que se mostram irrelevantes ou supérfluas, inadequadas, de obtenção impossível ou muito duvidoso ou norteada por motivos dilatórios – n.º 4 do art. 340º [...]" (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo nº 331/04.0TAFIG-B.C1-A.S1, p.2).

[153] Nos termos do Código de Processo Penal, o juiz de instrução, em Portugal, dentre outros, aplica medidas de coação ou de garantia patrimonial (artigo 268º, 1, b), ordena buscas domiciliárias, interceptações e gravações de conversações ou comunicações (artigo 269º, 1, c, d), realiza a instrução para comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (artigo 286º, 1) e profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia, com as razões de fato e de direito enunciadas na acusação ou no requerimento de abertura da instrução (artigo 307º). O juiz de instrução que realizar esta última competência estará impedido de intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver, conforme o artigo 40º.

[154] ANDRADE, 2013, p. 206.

[155] ANDRADE, 2013, p. 210.

Essa discussão também afronta a própria história que envolve a atuação judicial na produção da prova.

A doutrina[156-157] explica que, entre os anos de 1237 e 1296, os glosadores (lidos na fonte), indicavam que a real definição da regra era de que *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, sendo que DURANTI, p. ex., ao realizar as glosas ao Digesto [Livro I, Título XVIII (*De officio praesidis*), Lei VI (*Illicitas*), § I (*Veritas*)], comentou que *Sententia ferri debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

O erro doutrinário surgiu quando WACH,[158] em seus comentários ao Código de Processo Civil alemão no século XIX, indicou que o juiz deveria realizar provas *secundum allegata et probata partium, nicht secundum suam conscietiam*.[159-160]

Entretanto, como se vê, o que houve foi um efetivo erro de leitura e interpretação do brocardo pelo doutrinador alemão. Ele tem um significado muito bem definido: o juiz somente pode decidir dentro dos limites expostos pela prova produzida em juízo, não podendo recorrer ao seu conhecimento privado (aquilo que o juízo conhece por sua vida privada, mas que não consta nos autos). Assim, nada há a impedir de atuar na produção da prova, já que tem o dever de decidir com base no conhecimento correto dos fatos.[161] Em momento algum, o brocardo estabeleceu que somente às partes competiria a produção da prova no processo.[162]

O que se observa é que há uma reação preconceituosa dentro do processo penal que inexiste no processo civil (no processo civil, há plena liberdade do juiz atuar na atividade probatória[163]). Afinal, muitos veem o processo penal como uma violência do Estado, quando se esquece que, na verdade, a assunção do processo penal pelo Estado decorreu, justamente, da intenção do Estado em evitar a violência

[156] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 34.
[157] De notar que, na sua obra original, o autor citado apresenta as cópias dos documentos de onde foram retiradas as informações ora mencionadas (PICÓ I JUNOY, 2007, apêndice).
[158] Também explica a doutrina que CHIOVENDA, possivelmente por influência de WACH, apresentou a expressão de que *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*, de forma a apresentar o sistema dispositivo. Porém, em suas lições, nunca procurou limitar a atividade probatória judicial, apesar da "importação" do pensamento professor germânico (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 47-49).
[159] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 40.
[160] Nesse erro, também, é apontado que CALAMANDREI explicava a impossibilidade do juízo modificar os fatos alegados pelas partes, bem como não poderia ele se utilizar de provas diversas daquelas presentes nos processos (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 49). Ou seja, além da utilização inadequada do brocardo, emprestou a ele a impossibilidade de o juiz realizar iniciativa probatória do juiz civil (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 51).
[161] TARUFFO, 2012, p. 47-49.
[162] TARUFFO, 2012, p. 204.
[163] Como já disse o Supremo Tribunal Federal Brasileiro: "A Corte lembrou que o CPC/1939, em seu art. 118, já facultava ao magistrado considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes. Destacou que o CPC/1973 conferiu maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo. [...] Apontou que, tendo em conta a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito. Salientou que as partes continuariam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1082-DF, documento não paginado).

decorrente das vinganças privadas, bem como para evitar que os réus coagissem os acusadores particulares para que os processos fossem retirados.[164-165]

Sempre é válida a perplexidade exposta por Montero Aroca,[166] na medida em que não existe qualquer explicação plausível de que o dinheiro importe em uma verdade material e uma atuação judicial de ofício, enquanto o serviço judicial que versa sobre a liberdade individual esteja limitado pelo contraditório das partes.[167]

A razão que motiva a produção probatória judicial de ofício no plano cível legitima a do juiz penal, pois o objetivo do processo e da prova são os mesmos, na medida em que a efetividade na análise dos interesses trazidos ao processo é que pode alcançar o fim de justiça previsto no preâmbulo da Constituição, como um ideal de comunidade, público, a ser obtido pelo ordenamento jurídico e protegido pelo Estado.[168]

E isso é feito sem a mínima preocupação com o inusitado da situação que surge em Comarcas onde labora apenas um juiz, que seria tido como parcial no crime e imparcial no cível.[169]

Em verdade, a iniciativa probatória de ofício não afeta a imparcialidade judicial e não atenta contra o sistema acusatório. Proibi-lo de gerir prova é também proibi-lo de exercer o instrumento pelo qual concretiza sua função jurisdicional, qual seja, o processo,[170] pois, como bem apontado pela doutrina, "[...] *debe recordarse que la actividad probatória no es investigadora, sino simplemente verificadora*".[171]

O devido processo legal, portanto, protege as garantias individuais e obtém decisões que podem ser definidas como justas, de maneira que haja a melhor aplicação da norma sobre a situação fática apresentada como objeto processual. Afinal, a proteção das garantias não é salvaguarda para o estabelecimento da verdade, dado que as partes podem não desejar que ela surja no processo.[172]

---

[164] ANDRADE, 2010b, p. 50.
[165] O processo civil também é tido como de natureza pública e admite a liberdade probatória do juízo, obra da influência do jurista italiano Enrico Tulio Liebman. Fica evidente a existência de imparcialidade judicial em qualquer esfera, sob pena de termos de trabalhar com situações contraditórias entre si na pessoa de um mesmo juiz, como, p. ex., reconhecer-se sua imparcialidade quando labora em um processo cível, mas sua falta quando receber um processo criminal; ou, então, concordar que ele possa produzir prova de ofício para resolver uma querela indenizatória entre vizinhos e mandar permanecer imóvel quando se tratar da liberdade humana (raciocínio que se faz a partir da leitura de ANDRADE, 2010b, p. 53-54). Deve ser lembrado que a mesma superestrutura estatal encontra-se no cível, com as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público. (ANDRADE, 2010b, p. 54).
[166] MONTERO AROCA, 2014, p. 100-101.
[167] Por oportuno, o autor expõe que, no século XIX, o juiz penal tinha a amplitude probatória *ex officio*, ao passo que o juiz cível não a possuía, o que se inverte no final do século XX (MONTERO AROCA, 2014, p. 19-21).
[168] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 131-132.
[169] Como bem lembra Andrade (2010b, p. 55).
[170] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 137.
[171] MONTERO AROCA, 2014, p. 34.
[172] TARUFFO, 2012, p. 141-142.

Assim, é possível afirmar a exigência de que a decisão seja consequência de um processo que proteja os direitos e garantias fundamentais em sentido amplo; que tenha havido a devida interpretação e aplicação da norma ao caso concreto; e que haja a adequada persecução da verdade, na medida em que não há justiça atrelada a fundamentos errôneos.[173]

Não se sustenta uma atividade probatória ilimitada, seja para proteção do próprio acusado, seja para garantia do sistema acusatório.[174] Deve estar ela jungida aos limites já expostos na acusação,[175] que deverá já trazer as fontes de prova que a confortem e sobre as quais terá lugar sua atividade probatória posterior, com a garantia de que as partes poderão conhecê-la e contraditá-la (em vista do direito de defesa).[176] Esta atividade probatória pelo juízo colabora para a efetividade do processo, desde que seja realizada com respeito aos direitos dos juízes e das partes.[177] O que deve ser garantido é o contraditório às partes:[178] possibilidade de se manifestar, de forma crítica, sobre a prova determinada de ofício e de produzir prova para contrariar referida prova.[179]

Calha ter presente que a imparcialidade judicial está exatamente vinculada à busca pela verdade, na medida em que a falta de tal predicado condiciona a vontade judicial[180] no momento da decisão, seja por interesses pessoais, seja por pré-julgamento,[181] seja por divergência quanto a valores de cunho pessoal, p. ex.,[182-183] por isto que ele não pode ser parte com pretensões postulatórias no

[173] TARUFFO, 2012, p. 142.
[174] Já diz Mata-Mouros que as principais notas da função jurisdicional são o *nemo iudex sine actore*, o princípio do contraditório e a imparcialidade do terceiro julgador (MATA-MOUROS, 2011, p. 75).
[175] O juiz deve estar jungido aos fatos e às pretensões das partes (MONTERO AROCA, 2014, p. 91). "(…) *Es decir, las partes tendrían a su disposición todos los medios de prueba, y el juez simplemente complementaría, pero no supliría, dicha atividad* (…)" (NIEVA FENOLL, 2013, p. 145).
[176] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 138.
[177] PICÓ I JUNOY, 2014, p. 141.
[178] Nos termos do artigo 16 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso*.
[179] TARUFFO, 2012, p. 206.
[180] Como pode ser observado, sem prejuízo de outras disposições legais, do que consta no Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 252: O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.
[181] Não é possível, como já apontou a Corte Europeia de Direitos Humanos, que o juiz tenha, em momento anterior, participado da investigação que levou à acusação contra alguém, mesmo que apenas como superior hierárquico daqueles que a exerceram, de fato, e sem qualquer participação efetiva sua, pois basta a possibilidade de orientação, revisão e de imposição de formas de atuação na coleta de diligências para que não haja violação do artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (UNIÃO EUROPEIA. *European Court of Human Rights. Court (Chambers). Case Piersack v. Belgium (application n. 8692/79)*, documento não paginado).
[182] TARUFFO, 2012, p. 144.
[183] Afinal, e com fundamento no artigo 10 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita*

processo.[184] O que determina o êxito, ou não, de uma demanda é a prova e a verdade que ela revela, não o juiz realizar ou não um meio de prova,[185-186] dado que as partes podem buscar preencher o ônus probatório que lhes é imposto, mas não necessariamente cumprirão, com ela, a reconstrução adequada da base da controvérsia.[187-188]

A ideia do projeto é trazer a figura do juiz inerte. Ou seja, alguém pode ser condenado ou absolvido por incompetência ou ajuste das partes, sem que, contra isso, o juiz algo possa fazer. É por isso que, jocosamente, parte da doutrina considera esta última visão de juiz como decorrência da "teoria esportiva da justiça" ou da "regra do não te metas".[189-190]

O que pretende esse "novel" defensor do acusado – que ocupa o assento de um juiz, nos termos do projeto brasileiro – é buscar elementos que, ao menos, permitam-lhe invocar o princípio *in dubio pro reo*[191] para absolver o acusado, já que o princípio da presunção de inocência foi superado pela atividade probatória de quem figura como acusador.[192]

E isso não se pode aceitar! A lei, portanto, não pode dispensar o juiz de

todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

[184] MONTERO AROCA, 2014, p. 95.

[185] TARUFFO, 2012, p. 146.

[186] Como diz a doutrina, "[...] se (e na medida em que) o processo for epistemologicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes [...]." (TARUFFO, 2012, p. 200).

[187] TARUFFO, 2012, p. 199.

[188] Ainda: "[...] o que deve ficar claro é que um juiz pertencente a esse sistema não perde sua imparcialidade ou converte sua atividade jurisdicional em inquisitiva. Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a dela dispor, sobre um tema que é de interesse público." (ANDRADE, 2013, p. 229), na mesma linha que se considera que "[...] uma colheita incompleta de provas não pode jamais promover a descoberta da verdade material, pois que, exceto para os acontecimentos e relações explicáveis com exatidão pelas ciências naturais, o conceito de verdade pressupõe que todas as fontes de conhecimento existentes sejam levadas em consideração [...]" (SCHÜNEMANN, 2013, p. 248). Ou, noutros termos: "[...] chegaremos à conclusão não de uma vinculação à famigerada verdade real, mas de uma preservação do próprio instituto da jurisdição, criada para evitar a vingança privada (uso da força pelo ofendido) e a impunidade (uso da força pelo ofensor) [...]" (ANDRADE, 2013, 239).

[189] ANDRADE, 2010a, p. 11.

[190] No sistema adversarial, cabe ao juiz o papel de árbitro (*passive umpire*), no sentido de fazer os registros de correção da partida jogada, com a compreensão de que aquele que vence a partida não necessariamente tem razão ou tem a noção de justiça consigo. A ele, cabe dar a devida regularidade a um processo pelo qual tem razão aquele que vence. A isso pode-se chamar de *sporting theory of justice* (TARUFFO, 2012, p. 132). Assim, as partes podem ter interesse em ocultar elementos que possam beneficiar o adversário, bem como podem desejar distorcer a verdade para obtenção de benefícios próprios dentro do processo, o que pode levar à percepção de que o sistema admite que a versão dicotômica do processo seja falsa em seus dois fundamentos (TARUFFO, 2012, p. 137).

[191] Relevante observar que o chamado princípio do *in dubio pro reo* não define uma específica regra de distribuição de provas, mas uma determinação de absolvição do acusado quando inexistente prova suficiente para afastá-lo. Assim, não pode o tribunal ser afastado da função de esclarecimento dos fatos, especialmente porque o juiz também é um dos principais agentes dentro da necessidade de preservação da paz social (NIEVA FENOLL, 2013, p. 42-43). O referido princípio tem como base a mesma raiz da boa-fé em direito civil, qual seja, a crença na bondade humana (NIEVA FENOL, 2013, p. 77).

[192] ANDRADE, 2010a, p. 13.

verificar a veracidade da acusação.[193-194-195] Entender o contrário, seria o mesmo que dizer que a participação judicial equivaleria à tortura[196] e acabar com a própria essência do processo![197]

O que também deve estar sempre presente que a prova não é, *de per si*, favorável ou desfavorável a quem a apresenta, na medida que seu resultado será desconhecido até o momento em que ela é realizada, razão pela qual é impossível antecipar a quem ela beneficiará antes de ser revelada em juízo.[198]

De ser considerado que a chamada "carga subjetiva" quanto à produção da prova decorreu, exclusivamente, para delimitar quais fatos poderiam ser provados pelo juiz, de ofício, uma vez que o restante da prova competiria ao que fora proposto pelas partes, notadamente quando se sabe que, muitas vezes, a prova em prol de uma parte pode estar à disposição da outra. Ademais, sempre válido perceber que um mesmo fato pode dar origem à fundamentação de argumentos apresentados pelos dois lados do mesmo processo, na medida em que seus detalhes vão sendo expostos.[199]

Em síntese, o Estado (no qual se enquadra o Poder Judiciário) deve tutelar os direitos dos cidadãos enquanto indivíduos e enquanto integrantes de uma coletividade, pelo que imprescindível a eficiência e a segurança como resultados de sua atividade. Disto se compreende que a segurança não está, apenas, na identificação dos autores de qualquer delito, mas também na apuração do ato ilícito e suas devidas responsabilidades.[200] Afinal, a imposição de pena está próxima da prevenção geral positiva, ou seja, serve de meio para evitar-se que haja a propagação de crimes dentro e por aqueles que integram a sociedade.[201]

Assim, o Estado, para efetivação de tal proteção, de forma necessária, adequada e proporcional deve restringir direitos fundamentais individuais. A

[193] TUCCI, 2002, p. 186.
[194] Afinal, Ministério Público e réu conjugam esforços para esclarecimento da verdade, sendo que o Magistrado não está vinculado aos termos de absolvição ou condenação propostos pelo Ministério Público, pois o que se busca é a sentença justa, dentro do esclarecimento da acusação exposta. O objeto da relação jurídica penal é a aplicação da lei penal ao caso concreto (conforme se depreende da leitura do acórdão constante em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso especial n° 13375-RJ, documento não paginado).
[195] Consoante consta no artigo 6, 1, Convenção Europeia dos Direitos do Homem: "1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]".
[196] Como se uma audiência, atualmente, fosse presidida como segue: "E notar que, se confessar sob tortura, deverá ser então levada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão somente sob a pressão da tortura. Se após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então não for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo se houver boas indicações de seu provável êxito" (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 433).
[197] MONTERO AROCA, 2014, p. 96.
[198] NIEVA FENOLL, 2013, p. 147.
[199] NIEVA FENOLL, 2013, p. 38-39.
[200] FISCHER, 2013, p. 40-41.
[201] FISCHER, 2013, p. 41.

proporcionalidade não pode superar o excesso (*Übermassverbot*) e nem se sujeitar à deficiência (*Untermassverbot*).[202-203]

6. Conclusão

De todo o exposto, cabe considerar que:

a) o processo penal se volta à proteção de direitos e garantias fundamentais em seu sentido amplo (individuais e coletivos), e que a função jurisdicional deve estar voltada à correta interpretação e aplicação da norma;

b) que a verdade que se busca não é a verdade real em sua extrema percepção, mas a verdade que seja juridicamente aceita para superar a presunção de inocência;

c) que a nota de um juiz que somente atua em prol da defesa era uma regra exposta justamente na Inquisição;

d) que o sistema acusatório nunca foi refratário à atuação judicial de ofício na produção probatória, sendo relevante que esteja ela vinculada aos limites da acusação, ao contraditório e parta da iniciativa probatória já delimitada pelos demais sujeitos processuais;

e) que a compreensão de inquisitividade não ressuscita a Inquisição em qualquer molde, já que é dever do Estado a correta prestação jurisdicional;

f) e que a imparcialidade judicial surge para evitar-se o excesso de um sujeito sobre o outro, bem como evitar que a deficiência de um sujeito processual prejudique a adequada atividade jurisdicional – e é o juiz o principal garantidor dessa prestação final.

Referências

ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 *und* BvR 2155/11, *vom* 19.3.2013. *Berlin: Bundes-Verfassungs-Gericht*, 2013a. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. Strafprozessordnung (StPO). [S.l: s. n., s. d.]. Disponível em: <http://www.gesetze- im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf >. Acesso em: 03 dez. 2014.

[202] FISCHER, 2013, p. 43-44.

[203] Na linha do citado autor, o que se percebe hoje é um garantismo penal de cunho *monocular* e *hiperbólico*, ou seja, desproporcional e isolado, na medida em que atenta, exclusivamente, à proteção dos direitos individuais, e esquece que o processo penal existe para a defesa de interesses coletivos que foram violados. Ou seja, deve abarcar os direitos sociais e não apenas os individuais, em todos os âmbitos (FISCHER, 2013, p. 38-39).

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal*: as instruções de Torquemada e Valdés. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. [S.l.]: Páginas de Processo Penal, 2010a. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Teoria da gestão da prova*: um confronto consigo mesma. Porto Alegre: AMPRS, 2010b. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/26/Teoria%20da%20gest% C3%A3o%20da%20prova.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). Julgar, Coimbra, v. 19, p. 221-229, jan./abr. 2013.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 247-284.

BIBAS, Stephanos. *Plea bargaining outside the shadow of trial*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 117, n. 8, p. 2463-2547, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União,* Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 8 fev. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Reforma do código de processo penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso especial nº 13375-RJ. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 12 de novembro de 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100157244&dt_publicacao=17-02-1992&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1082- DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio de 2014. Informativo nº 747. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo747.htm>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação penal nº 470-AgR-segundo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 23 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590406>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 95.319-

SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619308>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Apelação crime nº 70050677673. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70050677673%26num_processo%3D70050677673%26codEmenta%3D5072232+70050677673++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70050677673&comarca=Comarca%20de%20Barra%20do%20Ribeiro&dtJulg=18/12/2012&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação crime nº 70022266498. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70022266498%26num_processo%3D70022266498%26codEmenta%3D2270197+70022266498++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70022266498&comarca=Comarca%20de%20Seberi&dtJulg=12/03/2008&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=juris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. *Habeas corpus* nº 70003938974. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 24 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_pr ocesso.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26ver sao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70003938974%26num_processo%3D70003938974%26codEmenta%3D489365+70003938974++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70003938974&comarca=GET%C3%9ALIO%20VARGAS&dtJulg=24/04/2002&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=juris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema**.** *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 84, p. 31-47, 2000.

CALLARI, Francesco. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti:*

uno "special" paradigm processuale cognitivo. Archivio Penale, Roma, n. 3, p. 1-24, 2012. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012_callari_3.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

Código modelo iberoamericano de ética judicial. In: CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, 13., 2006. Santo Domingo. Disponível em: <http://saberleyes.blogspot.com.br/2006/06/cdigo-modelo-iberoamericano-de-tica.html>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CORDERO, Franco. *Procedura penale***.** 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

ESTADOS UNIDOS. *Federal rules of criminal procedure*. Washington: U.S. Government

Printing Office, 2010. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Proc edure.pdf >. Acesso em: 9 jan. 2014.

_____. *Federal rules of evidence:* as amended to december 2014. Ithaca: Cornell Law School, [2014]. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Acesso em: 03 de dezembro 2014.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FEELEY, Malcolm M. *Legal complexity and the transformation of the criminal process*: the origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 183-222, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal:* o "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio". Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 29-56.

FROMMANN, Maike. *Regulating plea-bargaining in Germany*: can the italian approach serve as a model to guarantee the independence of german judges? *Hanse Law Review*, Bremen, v.5, n. 1, p. 197-220, 2009. Disponível em: <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art04.pdf>. Acesso em: 2 out. 2013.

GALAIN PALERMO, Pablo. *Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal em Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de uma urgente reforma del proceso penal urugayo. Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 106, p. 43-81, abr./jun. 2006.

_____. *Relaciones entre "el derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai (Org.). Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 249-282.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires:

Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el estado de derecho*: estudios sobre el Ministerio Publico y la prueba penal. Lima: Grijley, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código de Processo Penal Modelo para a América Latina.* São Paulo: IBDP, [2014]. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>. Acesso em: 03 dez. 2014.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Constituzionale, 1990. p. 1-10. Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 3 out. 2013.

_____. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Assemblea Costituente, 1947. Disponível em:<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2014.

_____. Decreto del Presidente della Repubblica n° 447, di 22 di settembre di 1988. Approvazione del codice di procedura penale. *Gazzeta Ufficiale*, Roma, 24 ott. 1988. Serie Generale n° 250, suppl. ordinario n° 92. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri- res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.procedura.penale:1988-09-22;447>. Acesso em: 7 fev. 2014.

KOBOR, Susanne. *Bargaining in the criminal justice systems of the united states and Germany*: matter of justice and administrative efficiency within legal. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum*: o martelo das feiticeiras. 16. edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.

LANGBEIN, John H. *Understanding the short history of plea bargaining. Yale Law School Faculty Scholarship Series*, New Haven, Paper 544, p. 261-272, 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544>. Acesso em: 10 set. 2012.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades*: desconstituição de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI*: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero). Valencia: Tirant ló Blanch, 2014.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madri: Marcial Pons, 2013.

PAGE, Martin. *The first global village*: how Portugal changed the world. 15. edição. Alfragide: Casa das Letras, 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. *O juiz e a prova*: Estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PITTARO, Paolo. *L'Applicazione della pena su richiesta*: profili di diritto penal sostanziale. In: PITTARO, Paolo; CHIARA, Giuseppe Di; RIGO, Fabrizio; PERONI, Francesco; SPANGHER, Giorgio. *Il Patteggiamento*. Milano: Giuffrè Editore, 1999. p. 3-22.

PIZZI, William T. *Trials without truth*: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuilt it. New York: New York University Press, 1999.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, p. 429-466, 2004.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2005. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Decreto-Lei n° 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o código do processo penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013c. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo n° 331/04.0TAFIG-B.C1- A.S1. Relator: Juiz Conselheiro Maia Costa, Lisboa, 8 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/Mensais/criminais2014_01.pdf >. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal Constitucional. Processo n° 363/01. Acórdão n° 137/02. Relator: Conselheiro Sousa e Brito, Lisboa, 3 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>. Acesso em: 29 set. 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito procesual penal e filosofía do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. Committee of Ministers. Recommendation n° R(87) 18 of the Committee Of Ministers To Member States concerning the simplification of criminal justice. Strasbourg: Concil of Europe, [2014]. Disponível em: < TTP ://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: < TTP://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2014.

_____. European Court of Human Rights. Court (Chamber). Case Piersack v. Belgium (application n° 8692/79). Strasbourg, 1 october 1982. Disponível em: < TTP://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"itemid":["001-57557"]}>. Acesso em 16 nov. 2014.

WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth?: a German perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 26, n. 1, p. 157-173, 2003.

O Conceito de Justo em Aristóteles

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. A Justiça enquanto Virtude. 3. A Justiça e suas Formas. 4. Direito Natural e Mutação. 5. Conclusão.

1. Introdução

O conceito de justiça e a construção do justo são temas persistentes da filosofia política e da filosofia do direito, não obstante a constatação histórica de que as sociedades possuem concepções de justiça muito diferentes. Cuida-se, num sentido amplo, da investigação a respeito das coisas primeiras, momento que marca o próprio nascimento da filosofia e que parte do pressuposto de que há algo de eterno e de imperecível. Como dirá Strauss, as premissas são as de que é impossível que no princípio fosse o caos e que nenhum ser nasce sem uma causa.[1] Na investigação das "coisas primeiras" surge, por exemplo, a ideia da existência de um direito natural, ideia nascida da cisão, ocorrida a partir do século V a.C., entre *physis* e *nomos*, ou seja, entre aquilo que existe por "natureza" e aquilo que existe por "convenção" ou "cultura". A natureza é então "descoberta" pelo homem em substituição ao "ancestral" (códigos divinos, explicações sagradas) e pode-se então falar na existência de um direito natural e de um direito civil (ou "positivo"). Pode-se também dizer que uma lei (fruto da convenção e da cultura) é "injusta" relativamente a algo que lhe é superior (o cosmos, a natureza, deus). E nesse debate Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) ocupa um lugar central.

Muito embora tenha sido discípulo da Academia de Platão por longos anos, Aristóteles construiu o seu complexo sistema filosófico se contrapondo às principais concepções platônicas, sobretudo à *teoria das ideias* que, de forma bastante resumida, propõe a existência de um mundo da razão superior e separado do mundo sensível (dualismo). Para Aristóteles, diversamente, existe uma *substância individual* composta de matéria e forma: "*A matéria é o princípio da individuação e a forma a maneira como, em cada indivíduo, a matéria se organiza. Assim, todos os indivíduos de uma mesma espécie teriam a mesma forma, mas difeririam do ponto de vista da matéria, já que se trata de indivíduos diferentes, ao menos numericamente. É como se, de certo modo, Aristóteles jogasse o dualismo platônico para dentro do*

* Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Pós-Graduado em Filosofia Contemporânea pela PUC-Rio. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

[1] STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 78.

indivíduo, da substância individual. (...) Não existem formas ou ideias puras como no mundo platônico. (...) Assim, o cavalo não existe, o que existem são este cavalo, aquele cavalo etc".[2]

Interessam-nos mais de perto o conceito de justiça em Aristóteles, sua influência no debate do direito e os possíveis reflexos contemporâneos de suas concepções. Para tanto, nos serviremos das reflexões contidas na *Ética a Nicômaco*.[3]

2. A Justiça enquanto Virtude

A justiça para Aristóteles é uma virtude (*areté*) prática ou moral, da mesma forma, por exemplo, que a coragem e a temperança. As virtudes éticas são *hábitos* que, como tais, se adquirem pela *experiência*. Não são extraídas de conceitos universais e estáticos. Nota-se, nesse ponto, uma distinção relativamente à filosofia platônica, centrada na busca de uma *natureza essencial* e na construção de princípios universais. O homem justo é um homem virtuoso, tal como, por exemplo, o homem corajoso, e a justiça de suas ações receberá tal qualificação pelo hábito.

Para Aristóteles, justo é o homem que cumpre e respeita a lei e injusto é o homem "sem lei" e ímprobo.[4] Essa vinculação entre justiça e o cumprimento da lei será temperada por aquilo que Aristóteles vai chamar de "equidade", conforme será visto mais à frente.

Dentre todas as virtudes, a justiça seria a "maior das virtudes", a "virtude completa", pois "*... a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo*".[5] Aqui fica clara a importância que Aristóteles dá às virtudes públicas exercidas na Cidade-Estado e em favor da coletividade. Assim, a justiça é uma virtude relacional, é exercida tendo em conta a existência do outro, o que revela a dimensão profundamente ética do conceito de justiça. O melhor dos homens, diz Aristóteles, "*... não é o que o exerce a sua virtude em relação a si mesmo, mas em relação a um outro, pois esta é a tarefa difícil*".[6]

O conceito de justiça, por isso, possui uma importante implicação política. Isso significa que a justiça se exercita e tem como referência a vida em sociedade, a vida na pólis.[7] Trata-se, então, de uma ética construída na vida coletiva e para a melhor organização do Estado, não propriamente para a realização da felicidade individual. Para Aristóteles, "*... as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade*

[2] MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. 11ª. edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2007, p. 72.
[3] Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
[4] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 104.
[5] *Ética a Nicômaco* , ob. cit., p. 105.
[6] *Ética a Nicômaco* , ob. cit., p. 105-106.
[7] Essa dimensão política do pensar filosófico pode ser encontrada também em Sócrates e Platão, não sendo, portanto, uma exclusividade do pensamento de Aristóteles.

e os elementos que a compõem para a sociedade política".[8] Essa ideia fomentou um dos conceitos mais importantes do direito público, que é o de "bem comum", o qual retomaremos mais à frente.

Não se trata, em suma, de um conceito de justiça incondicional mas sim de uma *justiça política*.[9]

3. A Justiça e suas Formas

Há em Aristóteles duas formas de justiça, a que denomina de *justiça distributiva* e *justiça corretiva (ou comutativa)*.

O justo será o meio-termo, "... *uma espécie de termo proporcional*",[10] ideia que se associa à de justiça distributiva: "*Já mostramos que tanto o homem como o ato injusto são ímprobos ou iníquos. Fica evidente, agora, que existe também um ponto intermediário entre as duas iniquidades existentes em cada caso. E esse ponto é a equidade, pois em cada espécie de ação em que há o mais e o menos, há também o igual. Se, então, o injusto é iníquo, o justo é o equitativo, como, aliás, concordam todos. E como o igual é o ponto intermediário, o justo será o meio-termo*".[11] O justo deve ser intermediário (situado entre os extremos do "maior" e do "menor"), igual (envolve duas participações iguais) e relativo ("justo para certas pessoas, por exemplo").[12] O justo envolve, assim, "... *no mínimo quatro termos, pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos. E a mesma igualdade será observada entre as pessoas e entre as coisas envolvidas* ...".[13] Ser injusto é violar, voluntariamente, a proporcionalidade. O homem que age injustamente "*fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que é injustamente tratado fica com uma parte muito pequena*".[14] Por isso a injustiça "é excesso e falta".[15]

As ideias de *igualdade* e de *proporcionalidade* compõem, então, o conceito de justo em Aristóteles. No entanto, se as pessoas não são iguais não devem receber coisas iguais. O critério de desigualação é o *mérito* ("as distribuições devem ser feitas de acordo com o mérito de cada um"), embora haja discordâncias entre o que significa mérito.[16]

---

[8] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 104-105.
[9] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 116. Além da justiça política há também o que Aristóteles chamará de "justiça doméstica", relativa às relações familiares.
[10] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 108-109.
[11] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 108. Para Danilo Marcondes, "*Uma das principais contribuições da ética aristotélica é sua famosa tese segundo a qual a virtude está no meio (meson); por exemplo, o corajoso não é aquele que nada teme, nem o que tudo teme, mas sim o que tem uma dose certa de temor que é a cautela, sem contudo perder a iniciativa, e evitando o excesso que seria a temeridade.*" (*Iniciação à História da Filosofia*, ob. cit., p. 76).
[12] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 108.
[13] Idem.
[14] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 110.
[15] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 115.
[16] "*… os democratas o identificam com a condição do homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência*" (*Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 109).

Já a ideia de *justiça corretiva*, que tanto surge nas transações voluntárias (contratos de compra e venda, por exemplo) como nas involuntárias (estelionatos, homicídios, roubos etc), está associada à *recomposição* da situação de igualdade entre os envolvidos. Essa recomposição é feita pelo Juiz, que é aquele "que divide ao meio", através da aplicação da pena. A justiça corretiva será o meio-termo entre a perda e o ganho.[17] A proporcionalidade é também um critério da justiça corretiva, negando Aristóteles a ideia de que a pura e simples reciprocidade seja justa: "*... se uma autoridade fere alguém, não deve ser ferida em represália, mas se uma pessoa qualquer fere uma autoridade, não apenas deve ser ferida, como também punida*".[18]

4. Direito Natural e Mutação

Como visto acima, Aristóteles associa o justo ao legal, ou seja, à ideia de que a lei contém o justo e a de que, em consequência, é injusto quem viola a lei. Mas essa concepção é temperada pelo reconhecimento da existência de uma *justiça política natural* e pela ideia de *equidade*.

Quanto ao primeiro aspecto, Aristóteles reconhece que a justiça é em parte *natural* e em parte *legal* (por convenção). A parte natural "*... é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo*". Já a legal "*... é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina ...)*".[19] Mas mesmo naquilo que chama de justiça natural Aristóteles reconhece a possibilidade de mutação: "*Percebe-se claramente qual é a espécie de coisas entre as que são capazes de ser de outro modo, que são como são por natureza, e quais não o são por natureza mas sim por lei e convenção, não obstante ambas sejam igualmente mutáveis. (...) por natureza, a mão direita é mais forte, porém é possível que qualquer pessoa possa vir a se tornar ambidestra*".[20]

Há uma aparente contradição entre a ideia de um direito natural, que pressupõe perenidade, e a possibilidade de sua mutação. Para Michel Villey, o direito natural de Aristóteles não é uma substância mas sim uma *relação*, não é a fonte do direito mas sim a sua *matéria-prima*.[21] Aristóteles não deduz o seu direito natural de uma ideia de "natureza do homem" ou da "dignidade da pessoa humana". Diversamente, "*nutre-se de observações, de pesquisas sobre os costumes das cidades, impérios ou tribos selvagens. O Liceu estudara uma centena de 'constituições', a de Atenas*

[17] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 111.
[18] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 112.
[19] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 117.
[20] *Ética a Nicômaco,* ob. cit., p. 118. Na verdade, há uma disputa a respeito da mutabilidade do direito natural em Aristóteles. São Tomás de Aquino, que tomará o direito natural a partir da imutabilidade da lei natural (complementada pela lei divina), considera a mutabilidade um aspecto secundário do conceito de direito natural aristotélico e relativo apenas às regras mais específicas, não aos axiomas do direito natural. Averróis (1126-1198), ao contrário, sustenta a mutabilidade de todas as regras de justiça em Aristóteles, o que está mais de acordo com o texto da Ética a Nicômaco. Sobre tal controvérsia, consulte-se STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*, ob. cit., p. 136 e ss.
[21] VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 359-361.

entre outras. Seu objetivo era apreender as formas 'naturais' a cada cidade, através de uma pesquisa dialética, através da diversidade das opiniões e dos exemplos".[22] Ou seja, cuida-se de um direito natural empiricamente verificado, um dado constatado do mundo real e aplicável a decisões concretas,[23] daí a possibilidade de sua mutação e sua circunstancialidade.

A equidade também comparece na doutrina de Aristóteles como um temperamento ao critério geral de que a *lei* contém o justo. O equitativo é o justo, "*... porém não o legalmente justo e sim uma correção da justiça legal*".[24] A necessidade de justiça por equidade nasce da incapacidade de a lei, por sua generalidade, prever todas as situações concretas de sua aplicação justa, isso porque "*... não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares*".[25] Aristóteles se utiliza, na explicação do que seja a equidade, da imagem da régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras ("*... a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos*").[26] O equitativo seria, inclusive, uma forma superior de justiça, uma justiça do caso concreto, da experiência e da verificação da insuficiência do *a priori*.

Além disso, a mutabilidade do direito em Aristóteles se relaciona ao seu conceito de bem comum, que é o justo (o justo é o bem comum). O bem comum diz respeito a situações extremas nas quais a existência e a sobrevivência de uma sociedade são colocadas em xeque, seja por um inimigo interno, seja por um inimigo externo. Em tais situações críticas, "*... as regras normalmente válidas do direito natural são legitimamente alteradas, ou alteradas segundo o direito natural; as exceções são tão justas como as regras*",[27] o que está a indicar que para Aristóteles o bem comum deve prevalecer sobre o bem particular.

5. Conclusão

Como soa intuitivo, Aristóteles é um homem de seu tempo e vive numa sociedade que considera que alguns homens são por natureza superiores, ou seja, uma sociedade em que a igualdade só se pratica entre cidadãos, a excluir, por exemplo, os escravos e os estrangeiros. Além disso, seu conceito de bem comum, levado a extremos, pode muito bem desonerar o soberano da necessidade de justificação da excepcionalidade do afastamento da lei. Cuida-se de um pensamento que, portanto, deve ser submetido à crítica, como qualquer pensamento.

De qualquer modo, a concepção de justiça em Aristóteles adquire

[22] Villey, obra e autor citados, p. 361-362.
[23] "Quando fala de direito natural, Aristóteles não está a pensar sobretudo em proposições gerais, mas antes em decisões concretas. Toda a ação se relaciona com situações particulares. Daí que a justiça e o direito natural assentem, por assim dizer, em decisões concretas, e não em regras gerais" (Strauss, Leo. *Direito Natural e História*, ob. cit., p. 137).
[24] *Ética a Nicômaco*, ob. cit., p. 125.
[25] Idem.
[26] Idem.
[27] STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*, ob. cit., p. 139.

relevância nos dias atuais por representar uma importante opção ao dogmatismo e ao positivismo jurídico, isto é, à ideia de que somente a lei contém o justo, uma concepção que ainda possui grande influência nos Tribunais de todo o mundo. E a alternativa ao positivismo jurídico é dada, sobretudo, pelas suas noções de direito natural e de equidade.

A concepção aristotélica de justo também adquire atualidade em razão de sua marcante essência política, sendo o direito natural uma parte do direito político. Como visto, a justiça é uma virtude *relacional* a ser exercitada na pólis e só entre concidadãos o direito natural e a justiça adquirem maior densidade e desenvolvimento pleno.[28] Tem-se aqui um contraponto ao individualismo, uma característica do direito liberal e de sua matriz contratualista (o contrato social como um pacto entre indivíduos).

Por fim, a concepção de direito natural em Aristóteles não busca seu fundamento no *a priori*, na existência de leis universais fundadas numa abstrata "natureza humana" portadora de uma "dignidade", como se encontra presente, por exemplo, em Kant e em praticamente toda a teoria contemporânea dos direitos humanos. Diversamente, a concepção aristotélica de direito natural parte da premissa de sua mutabilidade e, portanto, da circunstancialidade do direito justo. E essa é uma forma original de pensar o direito e os direitos do homem, uma relevante crítica à utopia das declarações universais de direitos.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. 11ª. edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2007.

STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[28] STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*, ob. cit., p. 136.

Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

A Efetividade das Ações de Improbidade Administrativa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Pedro Cavalcanti de A. Rocha*[1]
Débora Albuquerque de Araujo**[2]
Thábata Carvalho***[3]
Orientadora: Heloisa Carpena****[4]

Sumário

1. Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. Pontos Relevantes acerca do Tema. 3. Resultados Pertinentes e Específicos ao Tema. 4. Artigos Imputados e Sanções Aplicadas. 5. Entrevista com o Dr. Rogério Pacheco Alves. 6. Conclusão.

Resumo

O artigo busca apontar e identificar como vem sendo a implementação do instituto da improbidade administrativa no ordenamento jurídico. Os resultados dessas particularidades do mencionado instituto são apresentados estatisticamente, a fim de demonstrar sua efetividade.

Abstract

The paper describes the novel practices concerning specific points about the administrative improbity institute according to Brazilian laws. The results of these particularities of the mentioned institute are shown statistically in order to demonstrate its effectiveness.

* Aluno do Curso de Graduação de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, atualmente cursando o 10º período. Estagiário no Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes. Monitor de Direito Processual Civil na PUC-RJ e pesquisador bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica.
** Aluna do Curso de Graduação de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, atualmente cursando o 9º período.
*** Aluna do Curso de Graduação de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, atualmente cursando o 6º período.
**** Procuradora de Justiça no Rio de Janeiro. Coordenadora do Grupo Especial de Apoio à Atuação dos Procuradores de Justiça na área de Tutela Coletiva, inclusive Infância e Juventude, Idoso e Pessoa Portadora de Deficiência, de 2010 a 2012. Doutora em Direito Civil (UERJ). Professora (PUC-RJ).

Palavras-Chave

Improbidade Administrativa. Efetividade. Direitos Políticos. Pesquisa Jurisprudencial.

Keywords

Administrative improbity. Effectiveness. Politic rights. State Supreme Court decisions. Controversial issues.

1. Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A Carta Magna de 1988, em seu título III ("Título III – Da Organização do Estado"), artigo 37, anunciou a especial preocupação com a garantia de princípios basilares no direito administrativo, alçados a princípios constitucionais, dentre eles: os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência.

No tocante à definição do instituto em estudo e sua correlação com os princípios supramencionados, aponta-se trechos da obra do exímio doutrinador José Afonso da Silva[1]:

> *"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.* ***A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem****(...)." (GRIFO NOSSO)*

Em relação ao tema aponta-se ainda a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na

[1] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 24ª ed., São Paulo,Malheiros Editores, 2005, p-669."

> conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé.[2]"

A tutela dos mencionados princípios foi regulamentada pela Lei nº 8.429/92, conhecida popularmente como Lei da Improbidade Administrativa, a qual introduziu inúmeras mudanças ao combate da "corrupção", dentre elas podem ser mencionadas a desvinculação do crime da moralidade ao crime de responsabilidade, cujo cunho era essencialmente político, com sanções autônomas e jurisdicionalizadas, além do fato do Ministério Público atuar independente de qualquer esfera de poder[3].

Os atos abrangidos pela tutela legal são aqueles praticados por qualquer agente público, sendo esse servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, em conformidade com o art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Aponta-se que o agente público mencionado no dispositivo é todo o indivíduo que exerce, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades acima mencionadas. Sabendo que, aqueles que não são agentes públicos, mas induz ou concorre na conduta discriminada, também será abrangido pela tutela específica aqui descrita.

Um ponto fundamental para a caracterização do instituto é a presença do dolo nas condutas caracterizadas pelos arts. 9 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo necessário, ao menos, a culpa para a caracterização das condutas do art. 10 do mesmo diploma legal[4]. A configuração do tipo doloso exige além da ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de suas funções, a presença de má-fé (desonestidade dolosa ou culposa) e a ocorrência de danos efetivos ao erário. Já a modalidade culposa da improbidade administrativa presume conduta voluntária advinda de má-fé; resultado danoso previsível; e,nexo de causalidade entre ambos.

Uma vez preenchidos os requisitos para a configuração do instituto, foram fixadas punições por parte do ente estatal, também explicitadas no art. 37 do diploma constitucional acima mencionado, sendo essas a suspensão dos direitos políticos, a

---

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 772.
[3] COSSATIS, Renata Christino. *Os Agentes Políticos e a Improbidade Administrativa.* Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/renatacossatis.pdf>. Acessado em 20 de Abril de 2014 às 12hrs05min.
[4] REsp n. 827.445-SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010; REsp 939118.

perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Após a breve introdução ao tema, busca-se com o presente apontar como vem sendo sua aplicação na prática do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

2. Pontos Relevantes acerca do Tema

2.1. Da Efetividade do Instituto

A Lei de Improbidade Administrativa já completou mais de 20 (vinte) anos de existência, no entanto alguns entraves ainda colocam-se à frente da efetiva aplicação de sanções e medidas pertinentes à sua tutela.

A princípio temos que o parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 vem sendo regulamentado há mais de duas décadas pelo mencionado instrumento legal, já estando assimilado a aplicação de seus dispositivos, não obstante as imprecisões do texto legal. No entanto, restam ainda algumas questões debatidas, de natureza jurídico-conceitual, que geram equívocos e prejudicam a efetividade da lei[5].

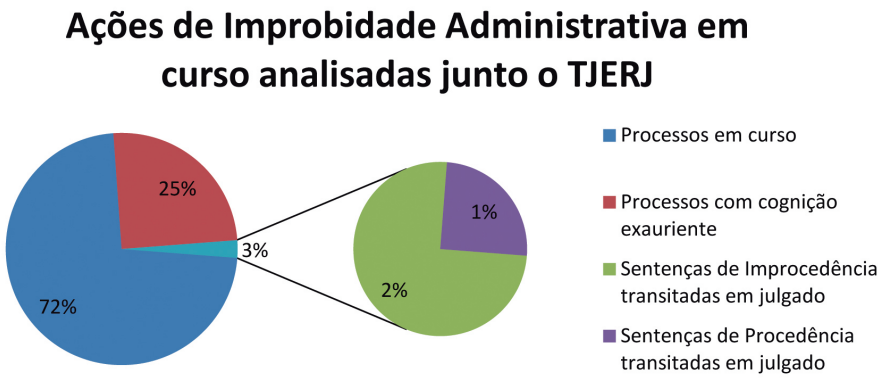
Inobstante os mais diversos desafios enfrentados, nos ateremos essencialmente à questão da liquidação e execução da sentença condenatória nos casos de Improbidade Administrativa.

Tratando-se de condenação ao pagamento de quantia certa, será cabível o cumprimento de sentença observando-se os arts. 475-I ao 475-R do Código de Processo Civil. No caso da condenação na perda de bens em favor da Fazenda Pública será devido o procedimento da execução para entrega de coisa certa ou incerta ao Poder Público, em concordância com os arts. 621 a 631 do Código de Processo Civil.

Já nas hipóteses de sanções como suspensão dos direitos políticos e interdição de contratar com o Poder Público não será cabível propriamente o modelo tradicional de liquidação e execução da sentença condenatória. No primeiro caso, será cabível apenas a execução imprópria, sendo aquela na qual há a comunicação do juiz aos órgãos públicos responsáveis pelas providências necessárias ao cumprimento da decisão. Já na segunda hipótese basta, apenas, a comunicação do magistrado para que eventuais infrações à sentença deixem de perpetuar-se.

Desse modo, houve uma pesquisa específica para o apontamento de decisões terminativas que haviam transitado em julgado e já estivessem sendo efetivamente cumpridas, garantindo os valores alçados pela legislação constitucional e legal. O resultado segue expresso pela tabela de dados a seguir esposada:

[5] MONTEBELLO, Thiers. 20 anos da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista TCMRJ, n. 52,* novembro de 2012.



Ora, temos que os processos com sentenças transitadas em julgado representam pouco mais de 2% (dois por cento) de todos analisados junto ao TJERJ. Outrossim, é inconcebível que, das 325 (trezentos vinte e cinco) ações propostas pelos Núcleos de Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro, durante os anos de 1994 a 2011, somente 8 (oito) [6] transitaram em julgado.

Outro dado relevante é o fato de que, das 325 (trezentas vinte e cinco) Ações de Improbidade Administrativa propostas, apenas 2[7] (duas) vêm sendo objeto de execução, sob a modalidade de cumprimento de sentença com fulcro no art. 475-J do CPC.

Logo, temos que o instituto, mesmo após mais de 20 (vinte) anos da introdução de sua regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro, aparentemente não vem sendo efetivo na sua conduta sancionadora de comportamentos ímprobos e lesivos à Administração Pública.

2.2. Celeridade Processual

O art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal disciplina a garantia constitucional para a duração razoável do litígio. Assim sendo, imperioso considerar qual é o tempo de duração da demanda, eis que a porcentagem de processos em fase de execução é ínfima frente ao grande número de ações ainda em andamento.

Para fazermos essa análise, é essencial ponderarmos algumas questões:

a) A Lei de Improbidade Administrativa está em vigor desde 2 de junho de 1992, portanto, os processos de ação civil pública sobre

[6] Procs. 0124873-55.2009.8.19.0001, 0107646-23.2007.8.19.0001, 0082229-29.2011.8.19.0001, 0028667-76.2009.8.19.0001, 0033858-73.2007.8.19.0001, 0016582-29.2007.8.19.0001, 0379271-02.2008.8.19.0001 e 0002670-96.2006.8.19.0001.
[7] Procs. 0107646-23.2007.8.19.0001 e 0082229-29.2011.8.19.0001.

esta matéria só começaram a ser propostos a partir dessa data. Se considerarmos que vinte anos é tempo razoável para analisar a eficácia da legislação, devemos ressaltar que os processos não estão em andamento desde a promulgação da lei – como a princípio pode imaginar um leigo – mas, a partir do momento em que a jurisdição é compelida a agir.

b) Os dados coletados e apresentados no presente artigo não podem ser considerados como um juízo absoluto, pois apenas algumas ações foram passíveis de estudo. Obviamente, impossível coligir informações sobre todos os procedimentos sobre a matéria. Para fins de relativização, informamos que analisamos 325 processos, sendo que, no momento em que este artigo foi elaborado, havia 622 ações civis públicas de improbidade administrativa, iniciadas pelo Ministério Público, em trâmite na comarca da Capital[8].

A informação de que apenas 2% dos litígios transitaram em julgado deve ser analisada concomitantemente ao ano em que os processos foram distribuídos, para que possamos observar com mais clareza se há, de fato, uma lentidão no Poder Judiciário frente às ações públicas de improbidade administrativa ou se esse instituto só tem sido utilizado mais recentemente. Para analisarmos a questão, elaboramos a tabela abaixo com as informações coletadas:

Ano de Início	Quantidade de Processos
1994	1
1995	1
2000	2
2001	2
2002	5
2003	11
2004	5
2005	25
2006	26
2007	76
2008	31

[8] Informação obtida mediante contato com funcionários do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

2009	37
2010	37
2011	63
2012	3
Total	325

Observa-se que, nos dez primeiros anos de vigência da referida lei, foram encontrados somente 11 processos. Apenas a partir do ano de 2005 é que começa a ter um número expressivo de demandas em andamento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O ano de 2007 é o que mais concentra ações propostas sobre o tema pelo Núcleo de Cidadania do Ministério Público. Levando em consideração os dados coligidos, fica evidente que apesar da lei estar em vigor há mais de vinte anos, só começou a ser utilizada em larga escala a partir de 2005, portanto, consideremos, para análise do critério de celeridade processual, que a maioria dos processos está em andamento a apenas cerca de oito anos.

Há de se considerar, especialmente, que as procuradorias especializadas foram criadas em Outubro de 2003 no Estado do Rio de Janeiro. Assim sendo, é possível relacionar o aumento das ações civis públicas por improbidade administrativa com o período posterior à criação das especializadas. Fica evidente, portanto, a importância da criação das procuradorias especializadas para a devida utilização da Lei de Improbidade Administrativa.

Frisa-se, contudo, que a tabela acima não demonstra se os processos obtiveram ou não sentença em primeira instância, pois, dos 325 processos analisados, apenas 70 continham decisões terminativas. Assim, foi elaborada uma terceira tabela, a qual ilustra qual foi o tempo decorrido entre a distribuição e a prolação de decisões terminativas.

Da distribuição até sentença (anos)	Processos
-1	4
1	7
2	13
3	12
4	7
5	8
6	6
7	8

8	2
9	1
10	1
12	1
Total	70

Infere-se, portanto, que há litígios cuja tramitação, na primeira instância, foi célere, enquanto outros demoraram em demasia para alcançarem decisões terminativas. A maioria dos processos analisados, contudo, não demonstrara muita divergência em relação ao tempo de tramitação, vez que não há grandes discrepâncias entre a quantidade de processos que durou um ano e aqueles que duraram sete. A partir do oitavo ano de duração, percebe-se que o número cai drasticamente. Dos processos com decisões terminativas, um deles demorou doze anos para ter resolução na primeira instância.

Frise-se, contudo, que a garantia da celeridade processual prevê que haja uma duração razoável do litígio, desde a sua distribuição até o trânsito em julgado. No caso em tela, estamos apenas analisando a duração na primeira instância e, portanto, não podemos afirmar que a garantia constitucional está sendo respeitada.

No que pese a consideração feita acima, contrastamos os dados levantados em nossa pesquisa com os apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, ressaltando, contudo, que os resultados apresentados pelo CNJ contemplam o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como um todo, enquanto a presente pesquisa focou, tão somente, nos litígios da Capital. O relatório *Estatísticas de processos e procedimentos que tenham por objeto improbidade administrativa* tem como ano-base 2010 e, como o próprio título diz, apresenta dados relativos a litígios sobre esse tema, dividido por Tribunal.

Nesse relatório, o Tribunal do Rio de Janeiro apresenta, em 1º grau, 141 processos distribuídos no ano analisado, já havendo 47 julgados e 658 em tramitação. Não há nenhuma sentença com trânsito em julgado. Em 2º grau, haviam 26 apelações distribuídas, doze julgadas e trinta em tramitação, com apenas quatro acórdãos transitados em julgado[9].

Outro relatório importante analisado, também de lavra do Conselho Nacional de Justiça, é o "*Novos Diagnósticos do Enfrentamento da Corrupção*", no qual se faz uma análise sobre a corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa[10]. Os dados levantados nessa exposição foram fornecidos pelos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais.

[9] Disponível em <http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/programas/cadastro-improbidade/Resultados/Dados_Tribunais_Estaduais_improbidade_2010.pdf> Acessado em 30 de Abril de 2014, às 23hrs22min.
[10] <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_diag_improbidade.pdf> Acessado em 1 de Abril de 2014, às 14hrs40min.

De acordo com o artigo produzido, em 2011 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teve 218 decisões de recebimento de ações de improbidade e 28 julgamentos sendo, dois, definitivos e 862 procedimentos em tramitação. Outra informação relevante, é que o TJRJ apresentou 20 condenações definitivas e o tempo médio de julgamento das ações em que o réu foi condenado foi de cinco anos e onze meses.

A pesquisa mais recente sobre esse assunto foi em virtude da "Meta 18", que definia que as ações de improbidade administrativa, distribuídas até 31 de Dezembro de 2011, fossem identificadas e julgadas até 31 de Dezembro de 2013. Para que os litígios fossem identificados, competia aos magistrados enviar informações sobre os processos que versavam sobre esse tema ao CNJ, o qual elaboraria um levantamento a nível nacional.

O Conselho Nacional de Justiça, com base nos dados enviados pelos juízes, elaborou um relatório, dividindo por Tribunais as quantidades de processos existentes no Judiciário sobre ações criminais e ações de improbidade administrativa. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apresentou 1.901 processos sobre improbidade, dos quais 247 foram julgados em 2012, 574 em 2013 e 1.080 ainda estão pendentes[11].

Feita a análise de todas essas informações, em conjunto, fica evidente que não havia uma duração razoável do litígio. A atuação do Conselho Nacional de Justiça se tornou essencial para que houvesse uma maior pressão pela celeridade do Judiciário. Ademais, ao considerarmos a ação civil pública de improbidade administrativa como exercício da cidadania, torna-se ainda mais evidente a importância da presença do CNJ. Ao elaborar os relatórios e fazer minucioso levantamento dos dados, permite acesso a informações detalhadas sobre o assunto. Ainda assim, o presente artigo foi escrito posteriormente à "Meta 18" entrar em vigor e, o que evidencia que o objetivo almejado ainda não foi alcançado.

Para observar quais os motivos que acarretam a morosidade processual, foi necessário analisar minuciosamente e com o devido cuidado o instituto da defesa prévia.

2.3. Defesa Prévia e Celeridade Processual

A defesa prévia é um importante instituto da Lei de Improbidade Administrativa. A efetividade desse instrumento está intimamente relacionada à garantia da celeridade processual. O art. 17, §6º da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que a petição inicial deva estar instruída com documentos que comprovem indícios da existência do ato de improbidade ou o autor deverá apontar os motivos pelos quais não tem como apresentar as provas na fase inicial.

Nos termos do §7º do dispositivo legal mencionado, o juiz, antes de receber a inicial, ordenará a notificação do requerido, a fim de que este se manifeste de forma prévia, no prazo de 15 dias, podendo instruir sua manifestação com documentos. Apenas após a manifestação do requerido, o juízo poderá se manifestar, nos termos do § 8º do

[11] <http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf> Acessado em 10 de Junho de 2014, às 14hrs22min.

mesmo dispositivo legal, rejeitando a peça inaugural (caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou entenda ser inadequada a via eleita) ou recebendo-a. Na segunda hipótese, nos termos do parágrafo 9º do mesmo dispositivo, deverá citar o réu para que este apresente contestação.

Em relação aos efeitos práticos da defesa prévia e o julgamento de admissibilidade da petição inicial, é importante salientar que a ação civil pública de improbidade administrativa é regida pelo princípio *in dubio pro societate* e, portanto, a menos que haja prova cabal da inexistência do ato ímprobo, deve-se zelar pelo regular prosseguimento do feito. Assim sendo, considere-se que no art. 17, §6º da referida legislação consta que a petição inicial deve estar acompanhada de documentos que comprovem indícios do ato de improbidade, e não de prova inequívoca. Neste tocante, importante observar o art. 5º, LV e XXXV da Carta Magna, pois os litigantes têm o direito a produzir provas no curso da ação[12].

Ademais, a ação só deve ser julgada improcedente, nesta fase processual, quando houver prova cabal da inocorrência da improbidade administrativa, eis que se trata de decisão terminativa de mérito, que, se restar irrecorrida, importa na formação de coisa julgada material.

Considera-se, ainda, que não havendo justa causa para o ajuizamento da ação, o magistrado deve julgar extinto o feito sem julgamento de mérito, pois a justa causa é condição para o direito de ação. Neste caso, trata-se de decisão meramente terminativa, implicando seu trânsito apenas em coisa julgada formal.

Frise-se que o recebimento da ação inicial é apenas um juízo superficial, o qual explora se há viabilidade no pretendido pelo *Parquet*. O simples recebimento da exordial não implica que a ação civil de improbidade administrativa será julgada procedente. A partir do momento em que é aceita, começa então o deslinde do processo, devendo os litigantes produzir as provas acerca dos fatos narrados na inicial.

A doutrina majoritária entende ser de extrema importância a apresentação de defesa prévia na ação civil pública de improbidade administrativa, sob o fundamento de que visa resguardar a Administração e o agente público, eis que no campo da tutela coletiva há um amplo exercício do direito de ação[13]. A doutrina minoritária, contudo, sustenta que a defesa prévia não é nada mais do que uma forma de contestação, apenas propiciando a morosidade do litígio[14].

Devemos ressaltar, entretanto, o posicionamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, os quais afirmam que a notificação prévia do réu para o oferecimento de resposta só deveria ser exigível quando não tiver havido inquérito civil ou outras investigações anteriores à instauração do litígio. Alegam que o fato

[12] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa,* 7ªed., São Paulo, Saraiva, 2007, p-961.
[13] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa,* 7ªed., São Paulo, Saraiva, 2007, p-959.
[14] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa,* 2ª ed., São Paulo, Editora Método, 2014, p-200,201.

de ter havido uma investigação evita o ajuizamento de ações temerárias e, portanto, desnecessário aplicar o instituto da defesa prévia[15].

No que pese as preocupações da doutrina minoritária em relação à morosidade advinda da existência da defesa prévia, deve-se ponderar que tal mecanismo processual permite que não haja o andamento do processo se não estiver presentes as condições da ação. Assim, obriga que o magistrado, antes mesmo de aceitar a petição inicial, analise se é possível ou não o andamento do feito. Ao fazer isso, é um mecanismo que, de certa forma, auxilia a celeridade processual, pois finda o processo.

Ainda assim, para analisarmos o mérito da questão, suscitada pela corrente minoritária, analisaremos quanto tempo o magistrado demora a apreciar o recebimento da inicial. Sendo assim, observamos quanto tempo decorreu desde o recebimento da inicial até a prolação da sentença. Com esses resultados, podemos fazer uma análise mais concreta sobre a posição da doutrina minoritária.

Da Distribuição até apreciação da inicial (anos)	Processos
-1	24
1	17
2	14
3	7
4	4
5	1
6	2
Total	69

A primeira consideração a ser feita é que em um dos processos analisados, o juízo não proferiu decisão de recebimento ou rejeição da inicial e, portanto, não há como realizar essa comparação. Devemos observar, ainda, que 79,7% dos processos demoraram até dois anos para que o juiz analisasse se a ação merecia prosperar.

Do Recebimento da Inicial até Sentença (anos)	Processos
-1	5
1	9

[15] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa,* 7ªed., São Paulo, Saraiva, 2007, p-957.

2	16
3	12
4	6
5	4
7	1
10	1
11	1
Total	55

Salientamos que 14 ações foram rejeitadas e, portanto, não estão nessa segunda análise. Deste modo, continua excluída a única ação em que o Juízo não proferiu decisão quanto ao recebimento da petição inicial. Isto posto, passaremos a trabalhar a questão em comento.

Evidencia-se, pela análise conjunta das duas tabelas, que a duração dos litígios, mesmo depois da apreciação da inicial, é relativamente longa. De fato, a maioria das ações durou dois anos, mesmo após a decisão sobre a importância da continuação do processo.

Os dados apresentados, entretanto, não são capazes de findar a questão, sendo necessário contextualizá-los. Ao compulsarmos os autos não vislumbramos qualquer morosidade advinda exclusivamente da inserção da defesa prévia como requisito processual, ficando constatada, apenas, a complexidade dos procedimentos, seja pela necessidade da perícia, seja pela diversidade de partes litigantes.

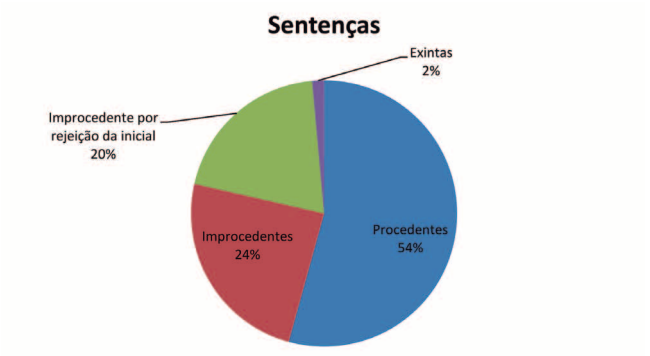
Sustentamos a posição de que, caso seja utilizado devidamente, o mecanismo da defesa prévia tem o condão de evitar que um processo chegue à fase decisória, sem que tenha condições para a análise de mérito. Assim sendo, os processos que estão em trâmite teriam motivos para estarem em andamento, ainda que estivessem embasados em meros indícios. Frise-se que litígios com peças iniciais com narrativas absurdas, desde o seu início, já seriam encerrados. No mais, mantemos o entendimento da doutrina majoritária, pois a defesa prévia é ferramenta essencial para que a Lei de Improbidade Administrativa não seja utilizada indevidamente, com o único objetivo de prejudicar o suposto autor dos atos de improbidade.

3. Resultados Pertinentes e Específicos ao Tema

3.1. Sentenças e Celeridade Processual

Analisada a garantia da celeridade processual é importante analisarmos o teor das decisões proferidas em primeira instância. Não é possível considerarmos

se os litígios são céleres sem analisar o teor das decisões prolatadas pela primeira instância. Caso a inicial seja rejeitada, por obviedade, a ação demorará menos tempo, vez que findará antes mesmo de realmente ser iniciada.



Como já informado anteriormente, apesar de termos analisado 325 procedimentos, apenas 70 processos possuíam decisões terminativas e, portanto, são os únicos que poderão fazer parte dessa nova fase de análise.

Das 70 ações compulsadas, apenas 20% tiveram a inicial rejeitada pelo magistrado. Para essas ações, em específico, o tempo de duração foi, em média, três anos – considerando desde a distribuição até decisão terminativa em primeira instância. Ao sopesarmos essas informações, podemos considerar a morosidade do Judiciário.

Ressaltam-se, as decisões que não aceitaram a petição inicial foram guerreadas em apelações e, portanto, não transitaram em julgado. Conforme exposto no início do presente estudo, poucos procedimentos transitaram em julgado, nos levando a crer que há certa ineficácia da Lei de Improbidade Administrativa.

O grande número de procedimentos julgados procedente, ainda que em primeira instância, entretanto, tem o condão de afastar a sensação de inutilidade da Lei de Improbidade Administrativa. Há um grande número de procedimentos em andamento, os quais podem até ter um deslinde demorado, porém é uma significativa mudança no panorama brasileiro, vez que funcionários públicos, praticantes de atos de improbidade administrativa, estão sendo alvos de ações judiciais.

Para ressaltar ainda mais a afirmação acima, é importante anotar a motivação para as decisões judiciais. No único processo extinto sem resolução do mérito, foi constatada a litispendência, impossibilitando o andamento do feito. Nos procedimentos julgados improcedentes, o magistrado constatou a inocorrência de ato de improbidade administrativa, apesar do elaborado inquérito civil apensado aos autos. Os procedimentos julgados pela rejeição da petição inicial foram

fundamentados pelo convencimento do juiz de que não havia provas o suficiente para a propositura da ação.

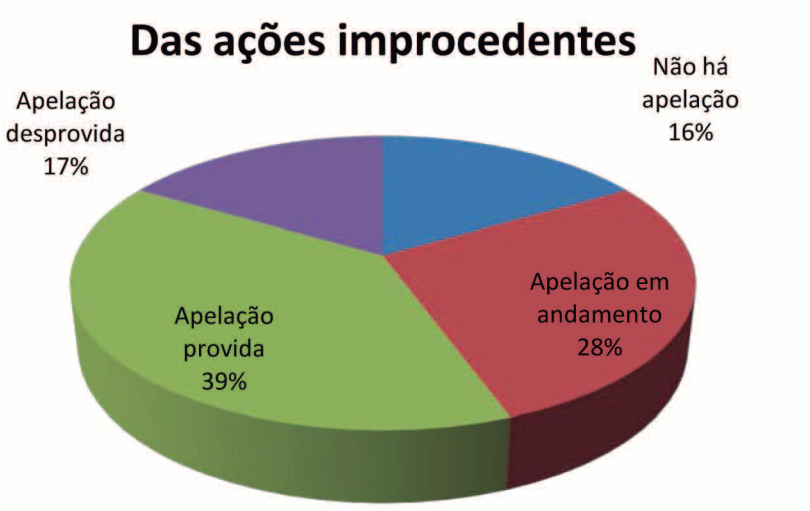
Essas decisões, apesar de trazerem certo esclarecimento sobre o tema, devem ser analisadas concomitantemente à propositura de apelações, motivo pelo qual iremos nos debruçar sobre o minucioso estudo e entendimento das matérias debatidas nos recursos.

3.2. Cognição em 2ª Instância

Para fazermos qualquer assertiva em relação à eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, essencial buscar quais são as decisões da segunda instância, para analisarmos se há predominância da procedência ou da improcedência.

No intuito de transformar entendimento mais fácil, dividimos as apelações em conformidade com a decisão da primeira instância. Assim sendo, iremos estudar quais foram as decisões da segunda instância em comparação com as prolatadas pela primeira.

3.2.1. Das Ações Julgadas Improcedentes

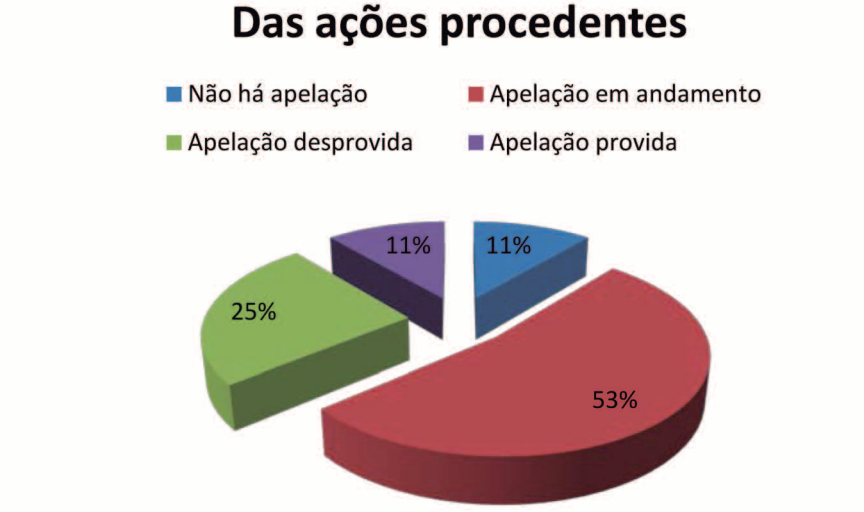


No gráfico acima, observamos que 39% das ações julgadas improcedentes na primeira instância foram reformadas. Três afastaram a prescrição e determinaram o regular andamento do feito, enquanto quatro julgaram procedentes os pedidos da inicial e condenaram os réus. Apenas 17% das sentenças foram confirmadas,

enquanto 28% estão em andamento. Por fim, 16% não tinham apelações no momento em que a pesquisa foi realizada.

Ao apresentarmos esses dados, podemos dizer que a maioria das ações julgadas improcedentes foram reformadas (56%). Sendo que a absoluta minoria foi mantida, vez que o restante ainda está em andamento.

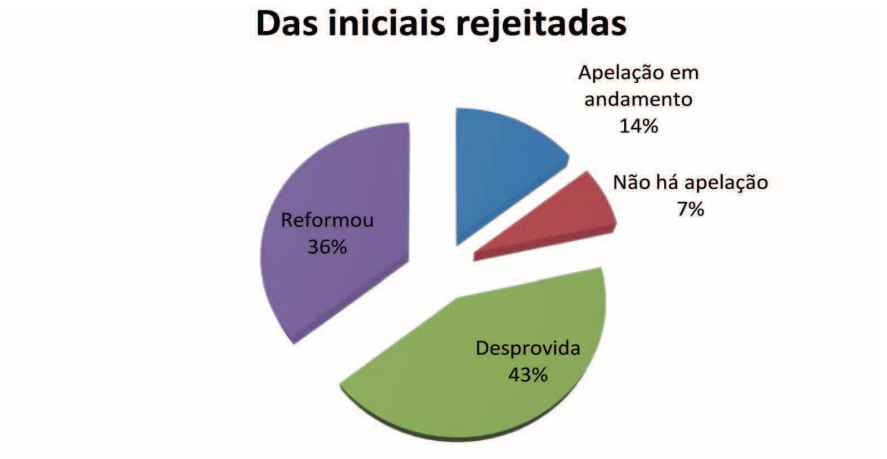
3.2.2. Das Ações Julgadas Procedentes



Em primeira instância, 37 procedimentos foram julgados procedentes. Desses, 53% apresentam apelações, ainda em análise, enquanto 11% não possuíam qualquer apelação à época da realização da pesquisa. Apenas 25% das sentenças foram mantidas, enquanto outras 11% foram reformadas. Por fim, importante salientar que uma apelação não pôde ser pesquisada, pois estava em segredo de justiça, estando fora do escopo dessa parte da pesquisa.

Das decisões que foram alvo de reforma, duas minoraram a multa civil, enquanto a outra reconheceu a possibilidade de aplicar mais sanções do que as previstas em primeira instância. Frisa-se, portanto, que apesar das reformas, a segunda instância manteve as condenações. Apenas em um caso houve reforma quanto ao mérito, pois julgou a ação improcedente em relação a um dos réus, por reconhecer que não houve ato de improbidade administrativa, vez que não havia configuração de dolo ou culpa nos atos imputados a ele.

3.2.3. Das Ações Cujas Iniciais Foram Rejeitadas



Dos procedimentos analisados, apenas 14 ações foram julgadas improcedentes liminarmente. Dessas, 36% das decisões guerreadas foram reformadas, enquanto 43% foram mantidas. Do restante, 14% ainda estão em andamento enquanto outras 7% não apresentaram apelação à época da pesquisa. Necessário, agora, analisar a questão em relação às ações que foram reformadas.

Quatro das ações reformadas foram alvo de divergência no entendimento entre as instâncias, vez que o magistrado do juízo *a quo* considerou que não havia provas o suficiente para permitir a propositura da ação, enquanto os Desembargadores viam a existência de indícios de ato de improbidade administrativa, os quais permitiriam o início da ação, vez que necessária dilação probatória. Anularam a sentença e determinaram o regular andamento do feito.

A última ação a ter a sentença reformada foi por questão da prescrição. Contudo, os desembargadores atentaram para a imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário e, portanto, condenaram o réu à ressarcir o ente público.

3.2.4. Conclusões Acerca da Relação Sentença/Apelação

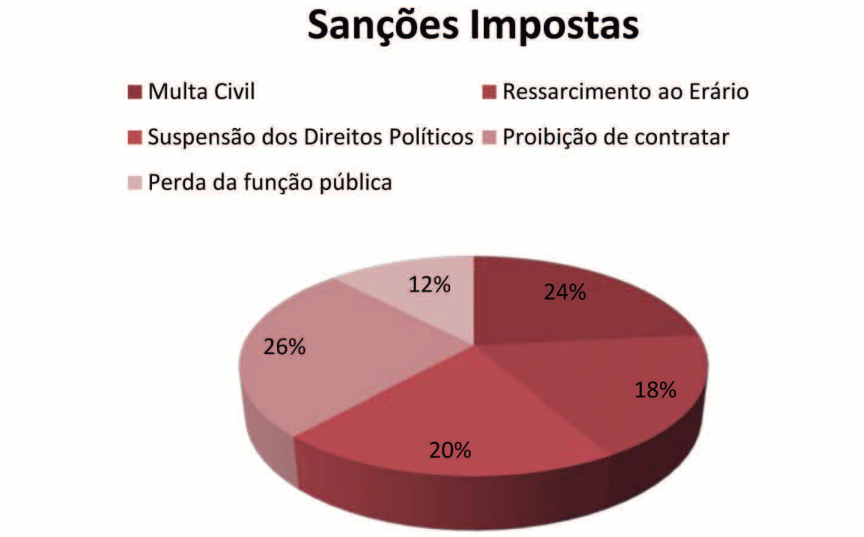
Feito esse breve estudo, podemos afirmar que há certo conflito entre os magistrados para compreender o que seria necessário para a propositura da ação. O art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa assevera que deverá haver indícios dos atos de improbidade para que o magistrado aceite a petição inicial. Caso não seja possível produzir toda a prova necessária, compete ao Ministério Público fundamentar o motivo da impossibilidade.

Os juízes de primeira instância compreendem que deverá haver fortes indícios para o recebimento da ação, enquanto os desembargadores afirmam que a petição inicial deverá ser aceita, a menos que haja prova cabal da inocorrência dos atos de improbidade. De acordo com o entendimento fixado pelas Câmaras Cíveis, deverá preservar a possibilidade da dilação probatória no curso do processo. Assim sendo, só será possível rejeitar a ação quando for nítido a impossibilidade da procedência do feito.

Além disso, verificamos que a maioria das ações analisadas seguiu pela condenação do réu, tendo a minoria confirmado a imputação de sanções. Essas informações, contudo, devem ser observadas com cautela, vez que ainda não transitaram em julgado e são passíveis de reconsideração.

4. Artigos Imputados e Sanções Aplicadas

O último ponto que deve ser estudado antes de concluirmos sobre a eficácia da Lei de Improbidade Administrativa é quanto às sanções impostas, vez que a absoluta minoria dos processos está em fase de execução.



Não há grande discrepância entre as sanções aplicadas, sendo mais recorrente que se aplique a proibição de contratar com o poder público (26%), seguido pela multa civil (24%) e, em terceiro lugar, suspensão dos direitos políticos (20%). A aplicação do ressarcimento ao erário foi aplicada em 18% das condenações, enquanto a perda da função pública ocorreu em 12% dos processos.

No que pese as informações trazidas pela pesquisa, tanto a multa civil quanto o ressarcimento ao erário dependem de execução. Contudo, as outras sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não dependem da fase executória e, por isso, há determinada eficácia, vez que são aplicadas e cumpridas de forma direta após o trânsito em julgado.

5. Entrevista com o Dr. Rogério Pacheco Alves

Após a exaustiva pesquisa e a definição dos resultados alcançados, procuramos entender o que o Ministério Público, principal legitimado para propor ações de improbidade, entende sobre a questão. Chegou-se a conclusão que o número desse tipo de demanda é crescente na evolução da Lei 8.429/92, porém, estas são pouco efetivas.

Entrevistamos um dos maiores doutrinadores sobre o assunto, o Dr. Rogério Pacheco Alves, promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e ex-titular da 7ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital. O Dr. Rogério é autor do Livro "Improbidade administrativa" [16], uma das obras mais citadas pelos Tribunais de todo o país.

Na visão do promotor, as ações analisadas nesta pesquisa são de extrema relevância e devem representar metade do universo de processos presentes hoje no Estado do Rio de Janeiro. Para se ter noção do que estes processos representam, atualmente, cerca de 90% (noventa porcento) da demanda das promotorias de cidadania são litígios envolvendo atos de improbidade administrativa.

Segundo o Dr. Rogério, esse tipo de ação enfrenta dois grandes problemas: (i) a sociologia do judiciário e; (ii) o lento procedimento adotado. A incompetência dos juízes em julgar a classe política é aparente, sendo a justiça extremamente seletiva quando se trata da aplicação de punições. Porém, para o promotor, a Lei 8.429/92 procurou mudar essa "clientela".

O promotor também questionou o que chamou de "procedimento infernal", observando a questão da defesa prévia, criada através da Medida Provisória n. 2.224-45/01, que dificulta e torna o processo mais lento. Conforme já esposado nesse artigo, o Procurador se filia ao pensamento de que a defesa prévia só deve ser necessária quando não houver investigação anterior à iniciação do litígio.

Citou ainda exemplos práticos demonstrando que as ações civis públicas que versam sobre improbidade administrativa são complexas e envolvem um grande número de réus. Logo, a quantidade de advogados de defesa é grande, o que gera prazos dobrados. Além disso, o grande número de demandados faz com que muitas vezes seja necessária a utilização das cartas precatórias para citação e intimação, trazendo maior morosidade ao processo. Por força do art. 241, inciso III do Código de Processo Civil, o prazo só se inicia a partir da juntada do último aviso

[16] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 7ªed., São Paulo, Saraiva, 2007.

de recebimento ou mandado citatório cumprido e o lapso temporal, muitas vezes, se torna desarrazoado.

O *Parquet* lembrou que o Rio de Janeiro era um dos estados com menor índice de julgamento de improbidade, até que, por volta de 2011, foi publicada pela imprensa essa informação, abrindo os olhos do Conselho Nacional de Justiça que passou a realizar uma maior fiscalização no território carioca. O CNJ baixou uma meta que estabelecida o julgamento de diversas ações em um curto prazo de tempo. Isso talvez explique o porquê do fato de que, segundo semestre do ano passado até janeiro, houve um grande número de sentenças proferidas.

Por fim, alertou que, apesar da melhora, o estado do Rio de Janeiro ainda está muito atrás de outros estados como, por exemplo, Goiás e São Paulo que possuem uma grande efetividade nas ações envolvendo atos de improbidade. Ao reparar o resultado da pesquisa aqui exposta e, diante das reformas das sentenças de improcedência pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Dr. Rogério elogiou a atuação dos desembargadores e diz acreditar que as posições menos enérgicas tomadas pelos magistrados de 1ª instância estão ligadas às questões políticas do poder judiciário.

6. Conclusão

Concluímos que, em mais de 20 anos, a Lei de Improbidade Administrativa,ainda não surtiu o efeito desejado. Contudo, existe uma crescente cultura jurídica em saber lidar com esse tipo de ação civil pública que vem ganhando espaço, gradativamente, no judiciário. Observa-se que, a partir de 2005, o número de litígios envolvendo a Lei. 8.429/92 aumentou significativamente, porém, a sua efetividade ainda é ínfima, beirando os 2% (dois por cento) dos processos analisados.

Os principais motivos encontrados para a falta de efetividade das ações propostas foram: a grande dificuldade dos juízes em julgar as ações, provavelmente por envolverem forte carga política e; principalmente, o procedimento demorado específico deste tipo de demanda judicial. A questão da defesa prévia, apesar de criticada por alguns doutrinadores, nos parece um ponto positivo na medida em que possibilita a extinção do processo em casos de denúncias sem fundamentos. Contudo, a grande dificuldade na citação dos réus e os prazos dobrados são componentes que deveriam ser revistos em busca de uma maior celeridade nas condenações.

O problema não está na propositura das ações que, em sua esmagadora maioria, foram feitas pelo Ministério Público, mas sim, nas condenações impostas a quem comete o ato de improbidade. Estas punições deveriam ser severas e exemplares. Contudo, mesmo dentro do ínfimo número de decisões terminativas, apenas 12% (doze por cento) representam a perda da função pública e 18% (dezoito por cento) fazem jus ao ressarcimento ao erário o que, ao nosso sentir, são as punições mais brandas presentes na Lei. 8.429/92.

Deste modo, entendemos que os institutos que tutelam os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, trazidos na Constituição Federal em seu art. 37 §4º, foram normatizados pela Lei de Improbidade Administrativa. Esta lei, apesar de já ter sido entendida pela sociedade jurídica, ainda não trouxe a efetividade e os resultados esperados. Essas conclusões ficaram evidentes na prática, através da pesquisa de campo realizada, onde foram estudadas 325 (trezentos e vinte e cinco) ações propostas pelo Núcleo de Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro, entre 1994 e 2011, sendo que, até o momento, apenas 8 (oito) delas transitaram em julgado e 2 (duas) estão em liquidação de sentença.

Detalhe da imagem da capa

Perfil

Hélcio Alves de Assumpção

Maria Teresa Moreira Lima

No dia 31 de outubro de 2012, faleceu nesta cidade o Procurador de Justiça Hélcio Alves de Assumpção.

Ingressou na Instituição em 11 de janeiro de 1977, como o primeiro colocado no concurso de provas e títulos concluído no ano anterior. Trazia a formação do Colégio Pedro II e da Faculdade de Direito da então Universidade do Estado da Guanabara. No bacharelado esteve acima de todos os colegas, tanto no ingresso, quando foi o primeiro colocado no concurso, quanto na conclusão, quando recebeu o Prêmio "Universidade do Estado da Guanabara", destinado ao formando que mais se destacara no curso com obtenção da maior média nas disciplinas ministradas.

No discurso em que falou em nome dos Promotores de Justiça empossados, prometeu servir à causa da justiça "*com bravura, lealdade e independência*". E não foi outra coisa que fez durante os trinta e três anos seguintes, nos quais a sua vida profissional confundiu-se com a própria história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Valorizava muito o fato de ter começado a exercer as funções em cidade do interior do Estado e de ter passado por outras, convicto de que era um eficiente modo de formação de um Promotor de Justiça. Inicialmente, foi nomeado e assumiu a Promotoria de Justiça da Comarca de Sumidouro, removendo-se, posterior e sucessivamente, para a Promotoria de Vassouras e à Promotoria Adjunta da Comarca de Nilópolis. Em 1980, chegou à Capital, como titular de Promotoria Adjunta e, mais tarde, da Curadoria de Família da 5ª Vara de Família e da Curadoria da Fazenda Pública da 5ª Vara da Fazenda Pública.

Em 1983 foi convocado para atuar junto à Assessoria Civil da Procuradoria-Geral de Justiça, o que durou, com certas interrupções, até 1991. Elaborando pareceres em matéria de atribuição do Procurador-Geral de Justiça, não se contentou com a prática e passou a aprofundar-se nas questões peculiares às ações e recursos em que atuava e sobre os quais acabou escrevendo artigos específicos, publicando vários nesta Revista.

Paralelamente, em 1986, participou da primeira iniciativa no sentido da seleção de questões e unificação do entendimento do Ministério Público, integrando o Grupo de Recurso Extraordinário instituído pelo Procurador-Geral de Justiça para assessorá-lo na formação de teses e na elaboração das peças técnicas, com a primeira tese aprovada na área cível sobre o prazo recursal do Ministério Público como *custos legis*.

Foi testemunha e ator dos movimentos que se fizeram, na década de 80, no sentido da democratização do Ministério Público, da melhoria das condições de trabalho e do reconhecimento constitucional de sua importância.

Participou da histórica "*Vigília Institucional*", dirigida pela Associação do Ministério Público, situada àquela altura em acanhada sala da Avenida Nilo Peçanha, mas que se iluminava com a inteligência de seus líderes e a coragem dos participantes. Viu o critério de escolha do Procurador-Geral dos Estados, mediante a formação de lista tríplice, transformar-se em preceito constitucional. Acompanhou o crescimento da Instituição.

Entretanto, não desconhecia as tensões que o crescimento e as novas funções trouxeram. Tinha visão crítica sobre os problemas e refletia sobre as possíveis soluções. Deixou as marcas de seu pensamento nos relatórios das diversas Comissões que participou nos anos 90, tais como, Comissão para oferecer sugestões visando o estabelecimento de critérios objetivos a serem adotados para a movimentação dos Procuradores de Justiça atuantes no Tribunal de Justiça, Comissão para apresentar sugestões sobre a problemática de interposição de recursos cíveis constitucionais pelo Ministério Público e Comissão para elaborar projeto da modernização e desenvolvimento administrativo-institucional do Ministério Público.

Promovido, por merecimento, a Procurador de Justiça em novembro de 1993, foi Chefe da Assessoria de Assuntos Institucionais, Coordenador Executivo do Centro de Estudos Jurídicos e Coordenador Institucional do Centro de Apoio Operacional das Procuradorias de Justiça, atualmente designado 1º Centro de Apoio Operacional.

No exercício da última função, deu início a árduo trabalho no sentido da operacionalização da Resolução GPGL nº 893/99, que dizia respeito à formulação de teses sobre questões jurídicas relevantes. Formou subgrupos dentro da área cível e da criminal, levando em consideração o local de residência dos Procuradores de Justiça, e iniciou, com a colaboração de Fernanda Moreira Jorgensen e José Roberto Paredes, reuniões em Niterói, Tijuca, Barra da Tijuca, Copacabana, Flamengo e Santa Teresa. Alguns grupos chegaram a votar tese que seria levada ao Colégio de Procuradores. Não conseguiu concluir o trabalho, mas desenvolveu a ideia de reunir os Procuradores de Justiça criando um grupo virtual, o FÓRUM-MP, inicialmente integrado por uns poucos, mas que se desenvolveu graças a sua liderança e persistência, agasalhando hoje a maioria dos Procuradores de Justiça.

No âmbito do mesmo Centro de Apoio, criou e deixou pronta uma completa página na Intranet.

A partir de 2000, atuou ininterruptamente junto à 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

Para elaborar pareceres e interpor recursos, não se atormentava em busca das palavras certas, tinha-as na ponta da língua, mas era minucioso na procura de solução adequada e justa para o caso que estivesse em suas mãos.

Competente processualista, desprezava o rigor do formalismo e manejava com simplicidade vasto conhecimento. Não pecava por demonstrações de erudição ou por excessos de outra espécie. Certa feita, declarou que não cultivava o hábito de

pareceres cheios de demonstração de saber, primeiro porque não se julgava erudito e, depois, porque não considerava muito adequado para os fins que o processo se destina. O resultado era peças claras e concisas.

Solapado pelas mesquinharias da existência, aposentou-se em primeiro de junho de 2010. Mas não abandonou os projetos relacionados com o Direito e nem mesmo deixou de pensar o Ministério Público. No que concerne às atribuições das Procuradorias de Justiça, defendeu, até o último momento, uma total especialização, "*com respeito à lógica, à funcionalidade e à eficiência do Ministério Público*", como declarou em 27 de fevereiro de 2012, em mensagem ao FÓRUM-MP. Àquela altura tinha em mente uma substancial reforma, envolvendo uma grande divisão entre Procuradorias Cíveis e Procuradorias Criminais, com respectivas subdivisões em cada uma delas e, o mais revolucionário e fator de resistências, a desvinculação das Procuradorias das Câmaras do Tribunal de Justiça.

Exerceu o magistério também por mais de trinta anos, lecionando Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo obtido o título de Livre-Docente em concurso de provas e títulos.

Tinha elevado senso ético e chegava a ser crítico de si próprio. Gostava de conversar sobre diversos assuntos. Vastamente lido, não só em direito, mas também em literatura, história e política e, curiosamente, em culinária, era hábil na controvérsia, rápido, lógico e incisivo. Expunha as idiossincrasias e as críticas com certo humor, mas era capaz de grandes manifestações de indignação.

Acometido por grave doença, acompanhou o tratamento como um estoico, submetendo os médicos a indagações minuciosas e exigindo respostas verdadeiras.

Morreu cedo, deixando muitos sonhos a realizar.

Na ocasião, os sinos não dobraram só por ele, por seu filho, mãe, sobrinhas, amigos e alunos, ou por cada um de nós, como queria John Donne, mas tocaram especialmente pelo Ministério Público do Rio de Janeiro: "*pobre de ti, perdeste um dos melhores e mais devotados integrantes*".

Detalhe da imagem da capa

Resenha

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo - A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008

Tulio Caiban Bruno

As roupas usadas, que têm a forma *emoldurada* do corpo, na sua estreiteza já não servem mais, diria o poeta português; "há um tempo em que é preciso abandoná-las e esquecer os nossos caminhos, que sempre levam aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos", concita-nos Pessoa.

Assim também o é na vida do Direito: a insuficiência da pretensa neutralidade de uma teoria pura, encapsulada na moldura descritiva, tem dado lugar a recorrentes construções que especulam sobre a idoneidade e funcionalidade - no mais das vezes, para negá-las - do próprio Direito, positivando-o, desprovido de valores, à margem dele mesmo.

A presente obra de Eduardo Moreira Ribeiro nos direciona para aquela travessia: o leitor de *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição* é convidado, de modo permanente, a um completo repensar do Direito, a partir de um novo paradigma. O autor apresenta o neoconstitucionalismo como uma nova justeoria, revolvendo, ao virar de cada página, os elementos estruturais que uma concepção de Direito deve pressupor, contribuindo para a produção de uma sólida teoria neoconstitucionalista. Pois é fato: os novos tempos pedem novos caminhos.

Seu enfoque, no entanto, nesta obra, - e é bom que logo se diga - versa sobre o que denominou de neoconstitucionalismo teórico. Assim o faz não para negar outros domínios científicos do neoconstitucionalismo, mas, antes, para escoimar o objeto primeiro da sua investigação. Aliás, é interessante a novel classificação apresentada - e muito atende aos fins didáticos propostos - que decompõe o conhecimento em três direções: o neoconstitucionalismo teórico, ora abordado; o neoconstitucionalismo filosófico como filosofia do Direito; e o neoconstitucionalismo político, que conta com uma filosofia política, orientando o Estado Democrático de Direito. Todos compreendidos em uma *doutrina abrangente,*[1] batizada por Moreira de neoconstitucionalismo total.

Com uma linguagem clara e direta, sem rodeios, o neoconstitucionalismo, nesse sentido, encontra na pena didática do autor um de seus maiores esforços teóricos, que é o de forjar-se uma justeoria "identificada com o que ela é na prática".[2] Significa que esta forma de comunicar o saber também já produz certo esfumaçamento das rígidas divisórias - tão caras ao positivismo jurídico - entre

[1] RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Editora VWF Martins Fontes, 2011

[2] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo - A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 14.

o descritivo e o prescritivo ou entre o ser e o dever ser, escopo mirado pelo neoconstitucionalista. Noutras palavras, o ânimo de depuração da escrita, que não prescinde do rigorismo técnico-científico, tal como empregado pelo autor, aproxima a teoria neoconstitucionalista da operação jurídica prática, estimulando e conduzindo o leitor a dela participar de modo ativo, interno e permanente; e não como mero observador externo.

Por conseguinte, o livro contém, de início, uma abordagem mais geral do neoconstitucionalismo, para, adiante, avançar em aspectos particulares, com o influxo da teoria em campos jurídicos específicos, de molde a servir como ferramenta útil para solução dos "casos difíceis e trágicos" que surgem na prática jurídica.

Assim, de um lado, Eduardo Moreira procura traçar uma linha geral e comum capaz de atar as diversas acepções de neoconstitucionalismo(s) teórico, preocupado com uma metodologia que lhe condense os elementos estruturais, muitas vezes, achados de forma esparsa em textos específicos e, de outro, desce aos domínios comumente estudados pela dogmática jurídica tradicional, porém, sob o novo paradigma.

Neste primeiro plano, de base mais teórica, podemos resumir com o autor que o neoconstitucionalismo, como concepção do Direito, "faz nova proposta de teoria da interpretação, batizada de sobreinterpretação, e nova proposta de teoria da norma, transformada após o uso da ponderação", assim como "as fontes do direito se transformam totalmente (...)", "sendo necessária uma nova teoria das fontes, para explicar, adequadamente, o modelo de teoria do direito representativo das práticas constitucionais contemporâneas".[3]

No empenho de afetá-lo às práticas jurídicas, a obra envereda-se pragmaticamente pelo fecundo exame da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, lançando tintas sobre o Direito Civil-Constitucional, bem como pela análise da influência da Constituição nas reformas políticas e a consequente possibilidade de controle judicial das políticas públicas, examinando, ainda, o direito tributário em um mundo cosmopolita e o sistema penal, dentre outros temas conexos.

Em seu trajeto expositivo, a primeira parte do livro expõe a razão de uma nova teoria, tal como sintetizada pelo autor: "é o neoconstitucionalismo que permite a filosofia do direito aplicada",[4] apotegma perfilhado pelo jusfilósofo espanhol Alfonso Figueroa.[5] Esta poderosa reflexão, a romper com a tradição jurídica passada, desponta para uma abertura do Direito, vicejada por princípios e valores, que o põe em conexão direta com a Ética e a Moral.

Deveras, o jurista já não há mais de asfixiar-se em um mundo hermético. É

[3] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 16.
[4] Id., p. 17.
[5] FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidade e Razão Prática, *in Argumentação e Estado Constitucional*, obra organizada por Eduardo Moreira Ribeiro. São Paulo: Ícone, 2012, p. 398.

como nos diz Moreira quanto à ventilação do pensamento jurídico e mudança de postura causadas pelos ares da teoria neoconstitucional do Direito: "(...) cada vez mais juristas expõem sua vocação filosófica, e cada vez mais os filósofos são trazidos a complementar as questões de direito constitucional",[6] entretecendo-se, assim, os fios que ligam a teoria do Direito e a dogmática constitucional, a filosofia moral e política e a teoria do sistema jurídico, da argumentação, da interpretação e da aplicação do Direito.

Com esta fenda axiológica, propiciada pela primazia da Constituição, dos princípios e *standards* preenchidos pela argumentação jurídica, afirma o autor que "a concepção do neoconstitucionalismo enxerga o Direito como ele pode ser: transformador". Ou seja: "Passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer".[7]

Forte nesta carga corretiva e transformadora, Eduardo Moreira revela que "a estrutura do neoconstitucionalismo é construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, três fatores que podem ser considerados como de inegabilidade dos pontos de partida".[8] Estas qualidades de pretensão de correção e de transformação, imbricadas com as apontadas características do paradigma jurídico neoconstitucionalista, são pontos nevrálgicos do traço argumentativo do autor e permeiam toda a obra, como se verá nestas sucintas linhas.

Mas, antes, Eduardo Moreira Ribeiro visita a história do constitucionalismo e, neste repasse, decerto influente na sua teoria de direito neoconstitucionalista, vê-se diante de um compromisso histórico com esta nova estrutura paradigmática que, por talvez imune aos efeitos do tempo, parece ter, na obra, vindo para ficar. Pois, diferentemente de outras concepções do Direito, no neoconstitucionalismo, a Constituição "ganha força expansiva, invasora, em todos os campos jurídicos, forçando uma compatibilização, uma modernização, a ponto de o debate do que é constitucional ou inconstitucional se instaurar no discurso primário da reavaliação de todas as leis existentes, em todas as disciplinas jurídicas",[9] não sendo mais um mero documento político a ornamentar o sistema.

O neoconstitucionalismo, assim, movimenta a Constituição para o coração do sistema, tornando-a órgão vital que propulsiona o sangue por dentre veias e artérias que invadem o organismo de todos os domínios do Direito e de todas as instituições jurídicas, infundindo-lhes uma vida nova, útil e prática.

Por assim ser é que o neoconstitucionalismo se renova nele mesmo e, no livro, afigura-se insuscetível de envelhecer: os princípios, valores, políticas e direitos fundamentais previstos na Constituição, nele dotados de força vinculante independente da *interpositio legislatoris* ou da atuação discricionária do Administrador,

---

[6] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo - A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 189.
[7] Id., p. 18.
[8] Ibid., p. 18.
[9] Ibidem., p. 27.

abertos que são, mas preenchíveis de modo racional argumentativo, permitem o aperfeiçoamento contínuo de todas as instâncias do sistema, auto-revigorando-lhe o poder transformador, de poder-ser.[10]

Neste contexto de disposição axial de direitos fundamentais, princípios e diretrizes constitucionais, que alcançam efetividade em uma teoria que se compromete com a operação jurídica, dí-lo o autor, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, aparecem a decidibilidade constitucional e o critério da ponderação adiante perscrutado na obra.

Se o neoconstitucionalismo é apresentado como nova concepção geral de direito vê-se o autor na contingência metodológica de esgrimí-lo ante modelos tradicionais dominantes e, além disso, de conferir-lhe unidade e coerência internas. E Eduardo Moreira Ribeiro não se furta desta dupla e espinhosa tarefa. No viés externo, o debate se volta, na obra, contra os modelos de positivismo, exclusivo e inclusivo; já a discussão interna é conduzida por meio do exaustivo exame das vertentes do próprio paradigma teórico.

Não se trata de escolhas aleatórias. Nos países de tradição jurídica romano-germânica têm prevalecido a filosofia geral do positivismo jurídico, sendo, como afirma o autor, raríssimas as teses contemporâneas adeptas do jusnaturalismo. O neoconstitucionalismo surge, sob este ângulo, como doutrina antipositivista. E, no âmbito interno, opta o autor por trazer-nos ao conhecimento, principalmente, as considerações neoconstitucionalistas formuladas na Espanha, na Itália e na França, porque, no primeiro, a teoria tem obtido a melhor acolhida e desenvolvimento; na Itália, os constitucionalistas, sem negarem a existência do fenômeno, procuram reduzir-lhe o alcance enquanto nova teoria do Direito; e na França, os autores tem-na repelido.

Após esquadrinhar os modelos positivistas básicos, considerando-os insuficientes para responderem às exigências da experiência jurídica contemporânea, Moreira prova que o neoconstitucionalismo é, por tudo, inconciliável até com as versões mais moderadas daqueles, as quais, admitindo alguma relação entre o Direito e a Moral, poderiam parecer aproximar tais paradigmas teóricos.

Entretanto, mesmo no caso do *soft positivism*, "a moral é contingente, na dependência da regra de reconhecimento", investigando o "direito como ele é com textura aberta", enquanto o neoconstitucionalismo "parte da conexão entre o Direito e a Moral", conduzida por "princípios constitucionais a serem preenchidos pela argumentação jurídica", operando "o Direito como ele pode ser".[11]

No debate interno, Eduardo Moreira dialoga, na Espanha, com Pietro Sanchís, Gloria Patricia Lopero, Juan Carlos Bayón, José Juan Moreso, Rafael

[10] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 36: "O poder ser, defendido no neoconstitucionalismo, orienta-se dentro do sistema conduzindo a respostas práticas. O momento de ponderação é de especial interesse para o poder ser, pois se aproxima do estado de transformação, que pode ser promovido pelo princípio constitucional prevalecente".
[11] Id., p. 51.

Escudero; na Itália, com Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci e, especialmente, com Suzanna Pozzolo, para rebater-lhe as objeções levantadas contra o neoconstitucionalismo; na França, onde o pensamento jurídico é refratário ao modelo, comunica-se com Pierre Brunet e, ainda brevemente, com Bertrand Mathieu.

Não se esquece, sobretudo, de contextualizar a nova teoria no Brasil, com entusiásticos votos de recepção, sem, no entanto, descurar-se de uma percepção crítica, pois, segundo ele, "as tentativas de encaixar a realidade brasileira em um modelo estrangeiro complexo sem adaptações podem constituir-se em um erro metodológico estrutural".[12]

Uma vez bem demarcado o seu objeto, a fixação de um modelo jurídico que se pretende geral e dominante, teórico e pragmaticamente útil, corretor e transformador, novo e dinâmico, depende de um refinamento dos seus elementos pressupostos, agora dispostos de tal modo que afetem as estruturas existentes, com uma revisão da teoria da norma, das fontes, da hermenêutica e da aplicação do Direito.

No avançar do seu trabalho, Eduardo Moreira Ribeiro preocupa-se, pois, em organizar o que considera elementos pressupostos para que o neoconstitucionalismo seja alcançado, sendo eles, de natureza formal, uma Constituição rígida, a presença de uma jurisdição constitucional, a força vinculante da Constituição e a supremacia da Constituição e, de natureza material, a aplicação direta das normas constitucionais, a sobreinterpretação, a interpretação conforme a Constituição e a influência da Constituição sobre as relações políticas.[13]

Muitos destes conceitos, assaz estudados pela dogmática constitucional, são ora postos em relevo pelo autor como componentes agrupados de uma nova teoria de Direito e, mais do que isso, com certas nuances originais.

Nesta ótica, a rigidez constitucional, pressuposta como primeira linha de defesa da Constituição, com a força transformadora do neoconstitucionalismo, ganha nova referência na vedação ao retrocesso, manifestada no momento de fundamentação do Direito. Diante disso, "os limites de reforma não são somente aqueles previstos, mas são também os implícitos guiados pela vedação ao retrocesso, o qual impede que uma situação garantida pela Constituição volte a um estágio antecedente e indesejado".[14]

No tom de originalidade dos sentidos dado a conceitos já conhecidos, na teoria neoconstitucional do Direito, para o autor, a supremacia da Constituição já não é mais um princípio e passa a ser razão jurídica da formação e funcionamento estatal, fundante do Estado Constitucional. O mesmo se diga quanto à pressuposição da jurisdição constitucional, cuja forma mista de controle de constitucionalidade,

[12] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 69.
[13] A presente classificação é baseada na obra de Ricardo Guastini.
[14] Op. cit., p. 75.

adotada no Brasil, aparece no momento de fundamentação, pré-constitucional, como dado jurídico neoconstitucionalista de partida. Ainda nesta temática, a força vinculante da Constituição é predisposta umbilicalmente para a defesa dos direitos fundamentais não somente nas relações verticais do Estado com seus cidadãos, mas também na tensão horizontal porventura existente entre particulares.

Ao sofisticar da teoria, mereceram destaque a hermenêutica constitucional e a aplicação do Direito, com um aprofundado exame empreendido por Moreira acerca da sobreinterpretação e do critério argumentativo procedimental da ponderação dos direitos e princípios fundamentais.

Na sua visão, a sobreinterpretação tem um significado abrangente, que abarca a produção legislativa, mas vai além - daí a novidade - para atingir toda e qualquer decisão judicial, em três exercícios hermenêuticos por ele classificados como *direto*, *indireto negativo* e *indireto finalístico*, dos quais o autor extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional. A interpretação constitucional é *direta* quando a decisão judicial logo se baseia em um princípio ou norma constitucional, e é *indireta* - no que avulta em original relevo - quando, por um juízo *negativo*, passa na filtragem constitucional e quando, por um juízo *finalístico*, orienta-se para o cumprimento dos objetivos constitucionais.

Tal metodologia há de ser empregada sempre, pois no neoconstitucionalismo de Eduardo Moreira não há espaços vazios ou contraditórios, lacunas ou antinomias no Direito, fenômeno que ocorre em razão da primazia dos princípios, preenchidos por critérios racionais de argumentação e justificação das decisões judiciais. É paradoxalmente na abertura principiológica que o autor encontra o fechamento do círculo hermenêutico.

A par das tradicionais técnicas de controle de constitucionalidade, é interessante notar, na obra, um *terceiro sentido* da interpretação conforme a Constituição, como sinônimo de derrotabilidade da norma jurídica, propriedade disposicional que nasce no neoconstitucionalismo. Isto importa dizer que, no caso concreto, a aplicação da regra pode ser afastada quando o conjunto das exceções práticas não possa ser determinado exaustivamente *ex ante,*[15] no confronto com a Constituição. Este viés sobreinterpretativo tem a virtude teórica de relegitimar a ponderação, combatida por alguns - já que derrotar não é ponderar - e a capacidade prática de manter a regra hígida no sistema, embora *derrotada* no caso concreto.

Assim, no neoconstitucionalismo, tudo demonstra que os métodos clássicos da exegese - gramatical, histórico, sistemático e teleológico - são valorizados, mas, muitas vezes, são insuficientes ou resultam em limites ao raio de ação do intérprete, fazendo florescer, no campo hermenêutico constitucional, com um colorido próprio, o critério da ponderação.

No rigor do seu itinerário metodológico, a ponderação de princípios e direitos

[15] FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidade e Razão Prática, In *Argumentação e Estado Constitucional*, obra organizada por Eduardo Moreira Ribeiro. São Paulo: Ícone, 2012, p. 386.

na obra de Eduardo Moreira desafia novas abordagens, partindo da incidência - ou não - de tal critério interpretativo sobre regras, princípios e *policies*,[16] conhecida distinção dworkiniana das espécies normativas que deu novo rumo à Ciência do Direito.

Quanto às regras e garantias constitucionais de liberdade, surge a advertência de que não é aconselhável a ponderação entre direito fundamental e regra constitucional, por não constituírem normas abertas, terreno maior de incidência daquela técnica. O cuidado deve ser tomado porque a Constituição brasileira acomodou um grande número de direitos fundamentais em regras objetivas, de tipo subsuntivo.

No que concerne aos princípios, no neoconstitucionalismo, estes têm fundamentação original voltada para pretensão de correção e a sua aplicação, na hipótese de conflito, opera-se mediante ponderação. Na perspectiva de distinguir as regras dos princípios, convém transcrever as palavras do autor, *in verbis*:

> A regra tem valor primário retrospectivo, pois deve respeito às normas fundamentais, ao passo que o princípio é intermediação concretizadora, pelas suas características de abstralidade, criando os meios para sua obtenção. Os princípios têm incidência projetiva e aberta à interpretação. Seu peso, sua importância, é muito maior do que a regra; entretanto, o custo exigido é um exercício de hermenêutica.[17]

Com relação às políticas públicas, já sob lentes brasileiras, o autor revela, mais uma vez, o propósito de desenvolver o neoconstitucionalismo de modo a demonstrar sua aplicabilidade em solo pátrio. Se no mundo liberal estadunidense de Dworkin, os direitos fundamentais individuais devem sempre prevalecer em face dos programas executivos sociais, no Estado brasileiro, cuja constituição político-econômica, ao mesmo tempo em que o aproxima, afasta-o tanto do liberalismo quanto do dirigismo social, enxerga-se um lugar para a ponderação, devendo o juiz, na busca da resposta correta, sopesar as *policies* e o individual fundamental privado. Poderíamos concluir com o autor, neste aspecto, que a ponderação funciona como "uma medida justa entre o liberalismo jurídico, que prima pelos direitos de liberdade, e o comunitarismo, que tem preferência pelo bem encontrado na participação coletiva".[18]

Esta associação de fatores epistemológicos do neoconstitucionalismo, como a sobreinterpretação, a força normativa e invasora da Constituição e, especialmente, a ponderação, produziu também uma combustão capaz de profligar classificações

[16] Encarada como normas-diretrizes que assinalam um objetivo social beneficioso que se deve conseguir.
[17] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., pp. 95-96.
[18] Idem., p. 97.

tradicionais das normas constitucionais que, sem embargo do mérito conceitual, serviam de justificativa para os Tribunais afastarem *in concreto* a sua eficácia tida como limitada, na dependência de ação do legislador, ou meramente programática, não vinculativa.

Tal constatação não escapa a argúcia do autor. A tipologia clássica das normas constitucionais pela eficácia, atualmente, reserva alguma importância conceitual, mas perdeu o seu valor prático. Ante a ponderação, Eduardo Moreira professa que nenhuma norma fica relegada à inefetividade, tampouco alguma pode ser considerada absoluta e plenamente exercível.

E, à luz desta nova realidade constitucional, propõe-nos a classificação que distingue entre norma de natureza de regra, norma de natureza de princípio e norma de natureza de políticas públicas, sendo que apenas as últimas duas ensejam a ponderação, manejada na resolução do caso concreto, independentemente da efetividade doutrinária conferida, ademais, secundadas por critérios argumentativos procedimentais, como a própria ponderação, além da coerência e da universalidade.

Revisitadas estas premissas básicas, o autor volta seu raciocínio para mecanismos objetivos de aplicação do Direito, com os quais a ponderação se opera na prática. Nesse sentido, menos preocupado em teorizar excessivamente sobre os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita, não à toa que Eduardo Moreira colhe exemplos nos extratos da realidade, para, reduzindo a abstração teórica, melhor explicitá-los. Porque sendo o neoconstitucionalismo teoria de feição pragmática, fornece o autor casos concretos nos quais princípios e políticas constitucionais são postos em choque, como o princípio da liberdade de profissão *vs*. o de proteção do consumidor, o direito à segurança *vs*. o direito à vida e o princípio da igualdade *vs*. o princípio do livre acesso ao ensino público, apontando a solução dada aos *hard cases* pelos critérios racionais-ponderadores acima preconizados.

Noutro passo, avançando em aspectos particulares da teoria neoconstitucional sob um viés mais prático, Eduardo Moreira passa a investigar, como visto, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a influência da Constituição nas reformas políticas, com a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, o direito tributário em um mundo cosmopolita e o garantismo penal.

Uma das maiores preocupações do neoconstitucionalismo refere-se à *maximização* dos direitos fundamentais como forma de humanizar todas as relações sociais. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva maximizada, não se aferram à importante defesa do homem contra violações do Estado. Conservam tal função tradicional, mas obtêm um espectro maior de incidência e aplicação que engloba as relações entre particulares.

No ambiente da constitucionalização do Direito Civil, tanto por se alçarem algumas normas de direito privado ao patamar constitucional, como pela penetração

da Constituição em todos os campos do Direito, a eficácia dos direitos fundamentais já não é mais apenas vertical, pois, recebendo nova luz, deita-se horizontalmente sobre as relações privadas.

Seus feixes, então, irradiam-se para proteger o homem contra o próprio homem. O escudo dos direitos fundamentais, no neoconstitucionalismo, move-se para cima e para todos os lados. Com efeito, em um mundo de verdadeiras potências privadas, seria ingênuo pensar que um particular não pode causar tantos danos a direitos de outrem quanto o próprio Estado; quiçá, até piores.

Na percepção do autor, a constitucionalização, ao ingressar nos domínios do Direito Civil, preenchendo argumentativamente as cláusulas gerais abertas e intermediando a multidisciplinaridade característica daquele ramo do direito através da vinculação direta e imediata dos direitos fundamentais, aparece como processo apto a desenvolver mudanças concretas na sociedade, baseadas na dignidade da pessoa humana.

Como a constitucionalização do Direito Civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares não foram elementos recebidos sem contestações, Eduardo Moreira ocupa-se em listar-lhes as principais objeções. Dentre essas objeções, algumas são tidas pelo autor como ultrapassadas e injustificáveis, enquanto outras ganham especial atenção, como a perda da autonomia privada, o excesso de poderes nas mãos do juiz e a ingerência estatal no espaço privado, de sorte que a obra oferece um conjunto de argumentos, claramente expostos, que muito suplantam os obstáculos levantados.

As três críticas acima destacadas têm em comum fundamentos de liberdade individual, o que, em muitos países, justificou a redução da eficácia horizontal de direitos fundamentais em extensão (direta ou indireta) ou intensidade (fraca, média ou forte).

Teoricamente, o autor resolve a questão da extensão da eficácia sob uma ótica de igualdade, na qual, em países como o Brasil, com forte disparidade econômico-social, é imperiosa a maior intervenção material corretiva de princípios jusfundamentais na órbita privada, somente mostrando-se possível outra fórmula quando a disputa no espaço privado é naturalmente alcançada mediante consenso e respeito aos direitos fundamentais.

No que toca ao grau de eficácia, apontam-se dois componentes importantes para a compreensão da opção a ser feita, quais sejam, a forma de controle de constitucionalidade e o instrumental de acesso à justiça para a veiculação de pretensão concreta jusfundamental, para se rematar que, no direito pátrio, a eficácia direta é uma questão de correta interpretação constitucional.

A seguir, traça-se distinção entre os graus fraco, médio e forte de eficácia direta nas relações entre particulares, onde o grau fraco corresponde a uma teoria de incidência apenas nos casos em que ocorra hipossuficiência de uma das partes; já a intensidade média traz a ponderação como supedâneo necessário toda vez que

a teoria for invocada; e, por fim, a intensidade forte é opção "sem barreiras", na qual, violado o direito fundamental, deve-lhe proteção maximizadora, para corrigir as falhas do sistema, independente da alegação de violação frontal da lei.

Ao final dessa quadra, o autor exorta por uma defesa da eficácia direta e imediata de forte intensidade dos direitos jusfundamentais na relação entre particulares como um dos elementos do neoconstitucionalismo que mais possibilita a transformação da ordem social.

Outro componente estrutural de fundamental relevância para o neoconstitucionalismo, abordado pelo autor, é o controle judicial de políticas públicas determinadas pela Constituição, processo que vem sendo reconhecido como judicialização da política.

Se os estudos do Direito Financeiro de outrora, grosso modo, esgotavam-se na vertente da receita pública estatal - com a apreciação da relação tributária, da formação do crédito fiscal, do lançamento e da arrecadação -, a teoria neoconstitucional, sem abandonar aqueles, adota outro rumo preponderante para averiguar como, onde e em que medida são aplicados os recursos públicos, o que se opera por meio de maior controle das políticas públicas, precipuamente, pelo Poder Judiciário.

No plano político, tal propugnado controle incrementa a democracia deliberativa, com instrumentos de participação popular direta, aproximando a vontade manifestada pelo governante da vontade do povo, forjando um ambiente onde o cidadão tem um poder-dever, para além do voto, de interferir na condução das reformas políticas e das metas econômicas.

No plano jurídico, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de verificar a compatibilidade da ação governamental com a Constituição da República, prelecionando o autor que "o parâmetro de tal controle é material e objetivo, porque deve seguir as pautas constitucionais, também chamadas de políticas públicas constitucionalmente vinculantes".[19]

Na pretensão de correção inerente ao neoconstitucionalismo, Eduardo Moreira vislumbra o imperativo de aprumar a direção das políticas públicas quando mal encampadas pelo Administrador Público, ainda que de boa-fé. E é na vontade de transformação do mundo real, trilhada pela teoria neoconstitucionalista a partir de um aproveitamento útil e eficiente dos seus elementos já expostos, que se legitimam os poderes de controle do Poder Judiciário, para que a vontade administrativa desvirtuada se converta em vontade constitucional comandada, por princípios, objetivos e direitos fundamentais.

Para o autor, não somente a existência de norma constitucional impositiva de políticas públicas, por exemplo, o percentual mínimo de investimentos na área da educação, desafia o controle judicial, mas também, verificada a desnecessidade

[19] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 131.

da política pública escolhida pelo Administrador, poderá o Juiz corrigí-la mediante ponderação, em cotejo com metas prioritárias da Constituição, como a saúde pública ou a infância e adolescência.[20]

É claro - e o autor apressa-se em dizê-lo - que a decisão judicial deve ser tomada e ponderada de modo racional e justificado, em resumo, com suporte argumentativo fornecido pela Teoria da Argumentação Jurídica, a fim de ilidir abusos e impedir que o Judiciário se substitua ao Administrador, propondo alguns critérios que haverão de ser observados, tais como os limites traçados pelo próprio Poder Judiciário, a necessidade da intervenção, o apontamento de recursos e fontes de custeio aplicáveis e até o desenvolvimento de um aparato técnico relativo à prova contábil no órgão judicial, à exemplo da experiência norte-americana, que propicie melhor compreensão e solução do orçamento e da gestão de recursos públicos, remontando "à visão de que o Judiciário é, também ele, condutor da democracia".[21]

Ressalta-se, ainda, na obra, outra perspectiva importantíssima quando se afeta o controle judicial das *policies* a uma espécie de violação aos direitos fundamentais por omissão. Na confluência dessas espécies constitucionais normativas - políticas públicas e direitos fundamentais - o neoconstitucionalismo põe cobro às omissões do programa executivo, que se tornam suscetíveis de correção pela via judicial, especialmente, quando a falta atinja o mínimo existencial do homem.

Na sequência expositiva, uma visão cosmopolita do Direito Tributário é apresentada. Há muito pavimentados os princípios e regras deste ramo jurídico na Lei Maior, o autor desvela outro aspecto do processo de constitucionalização, ao conferir maior relevo à invasão dos direitos fundamentais nas relações jurídicas tributárias.

No entroncamento do poder financeiro do Estado com os direitos fundamentais, encontra-se a chave da justiça fiscal, atenta aos objetivos da Constituição e à proteção e promoção do mínimo existencial. Por isso, a proposta neoconstitucionalista do autor ao Direito Tributário consiste em "menos preocupação com a legalidade estrita e mais preocupação com a vinculação dos tributos a sua meta de origem, cumpridora do mínimo existencial".[22]

A fim de adaptar a política tributária ao novo paradigma teórico, Eduardo Moreira imagina outro sistema de tributação, corretivamente montado à base de contribuições sociais. A racionalidade e justiça do sistema se iniciariam, de um lado, com a redução do expressivo número de impostos em nosso país e, de outro, com

[20] A política é judicialmente controlável quando, dentre muitos exemplos que poderiam ser citados, o Administrador Municipal prefere realizar benfeitorias voluptuárias na sede do Poder Executivo a construir um abrigo, inexistente na cidade, para infantes órfãos e carentes, pois a Constituição determina, como "prioridade absoluta" do Estado, "assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227, CR).
[21] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 132.
[22] Idem., p. 151.

o melhor aproveitamento das contribuições sociais, visando-se a atender cada exigência mínima existencial - como a saúde, a educação, a habitação, a previdência - e tornando-o, outrossim, de tal modo controlável, menos propício aos desvios de finalidade.

Todo o complexo tributário jurídico-econômico deve responder aos desafios de atender e racionalizar a repartição federativa de competência, garantir um mínimo existencial às pessoas, reduzir desigualdades sociais, evitar a guerra fiscal, otimizar a arrecadação e controlar os gastos, cumprir metas internas de *superavit* primário e também externas, de ordem internacional, dentre outros. Nesse prisma de um mundo cosmopolita, de convivência sem fronteiras entre os povos, no livro, assomam mais uma vez os princípios jusfundamentais, ao mesmo tempo, como freios de uma política fiscal destrutiva de direitos humanos e como indutores de um modelo universal mais humanitário.

Por seu turno, não escapa ao espírito do autor a necessidade de supervisão do sistema penal objetivando conformá-lo à concepção neoconstitucional do Direito. A análise empreendida propende a verificar a compatibilidade do garantismo de Ferrajoli com o neoconstitucionalismo.

Inicia seu rumo analítico com o amainar da identidade de relação entre a legalidade estrita, que informa o Direito Penal, e o positivismo jurídico, apostando na imputação objetiva do resultado, como teoria de vanguarda mais consonante com a pretensão de correção inerente ao neoconstitucionalismo.

A teoria da imputação objetiva traz para o Direito Penal a ideia de risco que afeta a relação de causalidade do fato típico, buscando - não atribuir, como se poderia pensar -, mas sim restringir a incidência da norma de proibição sobre o agente, seja pelo risco socialmente tolerado, seja pelo comportamento da vítima que aceita o risco, seja ainda pelo princípio da confiança, gerando situações fáticas modificadas "com clara correção inserida".[23]

Outro reflexo neoconstitucionalista no âmbito penal é a ampliação de garantias ao homem provocada pela supremacia da Constituição e dos princípios como vetores de interpretação e aplicação do Direito Penal. Poderia soar, primeiro, contraditório, por conta da carga aberta, mais fluida dos princípios, quando maior garantia pressupõe maior segurança; e, segundo, pareceria tautológico, pela repetição de obviedades, já que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas do sistema.

Mas, o autor mostra que não é bem assim. O desafio neoconstitucionalista é justamente o contrário: impedir julgamentos arbitrários, com um arsenal teórico a serviço do juiz, e de todo e qualquer operador do Direito. Isto porque, num *primeiro momento,*[24] resta claro que os ordenamentos penal e processual penal são pródigos

[23] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit. p. 12.
[24] O autor refere-se a quatro momentos em que o neoconstitucionalismo promove mudanças no Direito Penal.

em conceitos jurídicos indeterminados, tais como *relevante valor moral ou social*, no homicídio privilegiado, *desonra própria,* no crime de abandono de recém-nascido, *interesse ou sentimento pessoal*, no crime de prevaricação, *gestão fraudulenta,* nos crimes contra o sistema financeiro, *dominação de mercado,* nos crimes contra a ordem econômica, *ordem pública* e *ordem econômica*, como pressupostos da prisão preventiva, dentre tantos outros.

Sendo assim, ante a imprecisão ou vaguidade da norma penal, a teoria neoconstitucionalista procura fornecer uma direção mais segura graças ao preenchimento argumentativo dos conceitos indeterminados, fechando o tipo, pelo conteúdo dos princípios e objetivos expressos na Constituição, com consequente redução do espaço de discricionariedade judicial.

Tomando como exemplo o de *ordem pública* no processo penal, imagina-se um delito no qual o agente promova o desvio de verbas dos repasses estaduais, ou se aproprie indebitamente de empréstimos do BNDES. Tipificadas as condutas, o autor preenche o conteúdo daquele conceito com base no objetivo da República de *erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3°, III, CR), de modo que estaria autorizada, na hipótese, a prisão preventiva.

Em um *segundo momento*, descortina-se outra face da ponderação, na medida em que "(...) a lei penal é a intervenção legislativa à violação dos direitos fundamentais e, como tal, a dosimetria da pena deve levar em consideração, proporcionalmente, os bens constitucionalmente tutelados. A legitimidade constitucional deve adequar o uso do tipo penal à pena aplicada".[25]

Nestas veredas, emerge o *terceiro momento* transformador do neoconstitucionalismo no Direito Penal, pelo uso dos subprincípios da ponderação na dosimetria da pena, enfocado na necessidade da pena, com o menor grau de interferência possível, às voltas com o direito fundamental de liberdade e, uma vez necessária, ganha ênfase a proporcionalidade estrita que, em grossas linhas, exige o equilíbrio entre a quantidade da pena e a violação perpetrada ao bem penalmente protegido.

Feitas estas *correções* iniciais, Eduardo Moreira volta ao ponto central do tema investigado no âmbito do Direito Penal, que versa sobre a compatibilidade do paradigma neoconstitucionalista com o garantismo penal de Ferrajoli, influente teoria, cunhada, primeiro, para o direito e processo penal e, posteriormente tão desenvolvida, reconheceu-se, ela própria, uma nova concepção geral de Direito, com braços ainda na filosofia jurídica e política.

Tarefa difícil é apontar um marco teórico ou filosófico para o garantismo penal, mas a obra em resenha adere a tese de que não é possível harmonizá-la com o neoconstitucionalismo, opondo-se, por entendê-lo malefício perigoso, ao sincretismo teórico.

[25] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Ob. cit., p. 164.

Conquanto igualmente construída à base da Constituição e haver alguns traços semelhantes, muitos dos pressupostos do garantismo são a antítese dos elementos do neoconstitucionalismo. À guisa de exemplo, o império da legalidade estrita, a separação entre o direito e a moral e entre validade e justiça, a preocupação excessiva em limitar os poderes do Estado, a ampla descrença no Poder Judiciário e uma visão pessimista da política, do direito e do próprio homem são componentes do garantismo que o afastam do neoconstitucionalismo. A aproximação do direito com a moral, por princípios, a sobreinterpretação, a ponderação, a derrotabilidade das normas, a teoria da argumentação jurídica e o protagonismo judicial são elementos que afastam o neoconstitucionalismo do garantismo de Ferrajoli.

Ao final da obra, pode-se dizer que o leitor é surpreendido, como aquele que aguarda o desfecho de um romance literário. Pois, ao fechar do livro, é que se depara com a revisão neoconstitucional das fontes do Direito. Mas, a topografia final da questão epistêmica tem uma razão de ser: percorrido o caminho até os umbrais da travessia, a aceitação pelo leitor da nova teoria sobre as fontes do Direito projeta-o em outra dimensão jurídica, completando-lhe o trajeto de mudança conceptual.[26]

Com o leitor ante os umbrais, Eduardo Moreira continua trabalhando. Neste labor, toma como mote inicial a ruptura do modelo positivista com a superação da dicotomia entre normas descritivas e prescritivas promovida pelos elementos do neoconstitucionalismo, já que centra foco, para além das regras, nos princípios e nas políticas públicas, com eficácia normativa que permeia todo o ordenamento jurídico, invadido pela Constituição.

O novo paradigma põe de lado o método lógico-subsuntivo, mais aferrado às regras legais, e adota a ponderação entre princípios jusfundamentais como critério racional possível para solução dos casos difíceis. No lugar de metarregras da hermenêutica tradicional, entra em cena a teoria do discurso e da argumentação jurídica. Lembra-nos, ainda, o autor que o neoconstitucionalismo opera uma mudança de papel do teórico e, em última análise, de qualquer sujeito envolvido na relação jurídica: não são mais cultores; são construtores do Direito.

Por conseguinte, a nova concepção provoca uma revolução nas fontes do Direito, pois a Constituição torna-se o eixo de todo ordenamento, interligando as leis, as decisões jurídicas e as práticas sociais. De acordo com o autor:

> Como a Constituição conforma os poderes, invade os campos do direito e preenche os espaços sociais, não é correto hoje definir os campos do direito como microssistemas, pois o elo constitucional superior é inafastável[27].

[26] A frase de abertura do último capítulo do livro expressa tal ideia: "A melhor maneira de explicitar que o neoconstitucionalismo é uma nova teoria é apontando a transformação sofrida pelas fontes do direito", Op. cit., p. 173.
[27] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 175.

O que Eduardo Moreira quer abalar, primeiro, é a tese do diálogo das fontes cunhada no Direito Privado, que apregoa, na hipótese de pluralidade das fontes, a prevalência de uma ou outra, segundo métodos infraconstitucionais, para resolver lacunas e antinomias entre leis codificadas ou extravagantes, olvidando-se dos direitos fundamentais e da própria Constituição da República.

A admissão de uma espécie de sobrelei interpretativa geral, como a defendida pelo diálogo das fontes entre sistemas e microssistemas, não pode ser compatível com a teoria neoconstitucionalista, porque, de acordo com os seus elementos pressupostos, o conflito deve ser solucionado sempre à luz dos objetivos da Constituição e dos direitos fundamentais, e uma lei que se afaste desse escopo não poderá prevalecer.

Mas, o *punctum saliens* dessa temática é a colocação dos princípios, pelo neoconstitucionalismo, na categoria de fonte primária do Direito. No sistema da antiga Lei de Introdução ao Código Civil,[28] os princípios gerais de direito figuravam em último lugar, como critério de integração do direito, portanto, atrás da analogia e até dos costumes. Na concepção do autor, este dispositivo legal não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois observa-se, cada vez mais, uma abrangente homogeneidade de conteúdo material entre os princípios gerais de direito e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos.[29]

Por tal razão, seria antagônico estabelecer diferenças de grau de fontes principiológicas. Para esse fim, transformam-se ambos - gerais, setoriais, infraconstitucionais e constitucionais (expressos ou implícitos) - em fontes primárias interpretativas e integrativas do Direito, sem hierarquias.

Coerentemente com o protagonismo judicial no neoconstitucionalismo, a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, consubstanciada em súmulas, diferentemente da visão privatística, ganha elevado *status* de fonte do Direito. Quando dotadas de efeito vinculante, dúvidas não podem subsistir. Passam a ter o peso de lei, com a peculiaridade de que conduzem a interpretação constitucional[30] ou infraconstitucional[31] sobre a matéria sumulada. Portanto, vêm muito antes dos costumes e da analogia, como sustenta a visão clássica.

A metodologia constitucional, a sobreinterpretação da Constituição, a teoria dos princípios, a argumentação jurídica e a ponderação de direitos fundamentais, todo esse aparato primário, pois, relegou a segundo plano a analogia e os costumes, como fontes do Direito. A própria lei, que, no positivismo jurídico, funciona de acordo

[28] Hoje, intitulada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Lei 12.376/10 alterou o título da LICC, mantendo idêntico, no entanto, todo o teor antigo.
[29] O autor lembra, ainda, outros dispositivos legais de integração, na mesma senda da LICC, como os arts. 8º, da CLT e 108, do CTN, ambos reputados em desconformidade com a Constituição.
[30] Vide art. 103-A, da Constituição Federal, que criou a Súmula Vinculante, e art. 543-B, do CPC, que dispõe sobre a sistemática dos Recursos Extraordinários repetitivos, também com efeito vinculante, de competência do STF.
[31] Vide art. 543-C, do CPC, que igualmente dispõe sobre a sistemática dos Recursos Especiais repetitivos, também com efeito vinculante, de competência do STJ.

com um mecanicismo de tudo ou nada, perde a força absoluta, já não se podendo mais falar em lacunas ou antinomia. Nesse terreno, a completude e unidade do sistema são consequências daquele arcabouço metodológico constitucional.

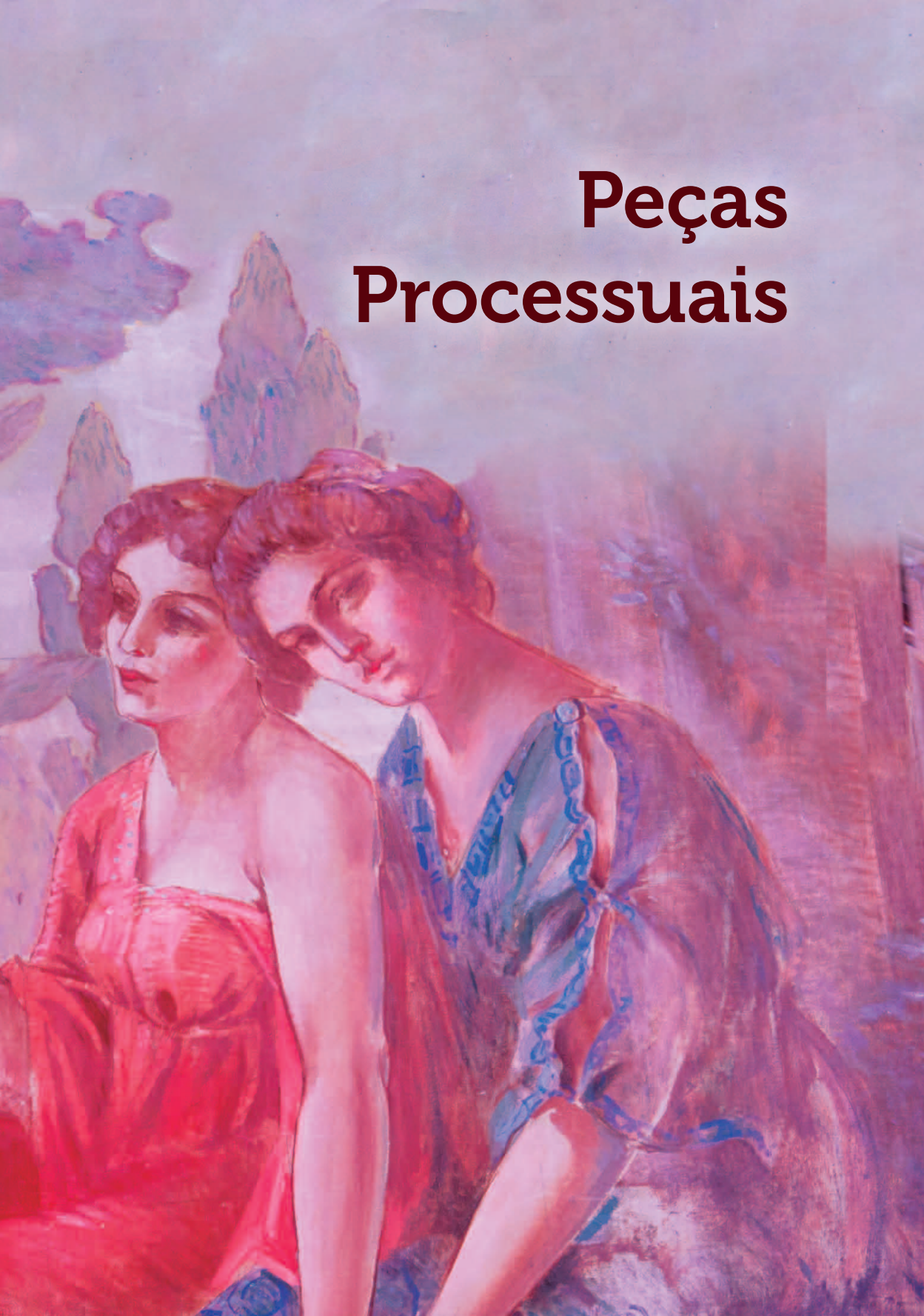
Por fim, o autor, nesta proposta de revisão geral das fontes, alude ainda à equidade, virtude que encontra o seu melhor momento em uma teoria como o neoconstitucionalismo, aberta aos valores e à moral; com pretensão de correção e racionalmente justificada, a equidade "deixa de ser considerada o último recurso ou fonte alternativa à completude do ordenamento para se projetar como parte integrante, presente na teoria neoconstitucionalista".[32]

E é assim... que já a esta altura da obra, o leitor sente-se invadido pela Constituição; tornou-se, ele próprio, um construtor do Direito. Teve a coragem de realizar a travessia e, abandonando os caminhos que levam aos mesmos lugares, aportou em novo mundo, com um Direito melhor e uma sociedade melhor: livre, igual, fraterna e plural, abrangente de todas as pessoas. É nisso que aposta o neoconstitucionalismo; é nisso que aposta a obra de Eduardo Moreira Ribeiro.

[32] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 187.

Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



• • •

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Cálculo da Taxa Judiciária. Base de cálculo a ser utilizada. Proporcionalidade.

Emerson Garcia*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 0030992-90.2010.8.19.0000

Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro.

Impetrante: Adélia da Silva Coutinho.

Impetrado: Desembargador Presidente da 4ª Câmara Cível.

Mandado de Segurança. Decisão monocrática que indeferiu petição inicial de *mandamus* com o qual se atacou liminar, deferida em ação possessória, que determinara a desocupação de imóvel. Taxa judiciária calculada com base no valor do imóvel. Inscrição em dívida ativa. Tratando-se de tributo voltado à remuneração de serviço público específico e divisível, é imprescindível a relação de proporcionalidade entre a taxa e o serviço: princípio ínsito ao Estado de Direito (CR/1988, art. 1º, *caput*), ao devido processo legal em sua dimensão substantiva (CR/1988, art. 5º, LIV) e à vedação ao confisco (CR/1988, art. 150, IV). Como o benefício pretendido com o *writ* não era a propriedade do imóvel, o valor deste último não poderia ser utilizado como base de cálculo do tributo. Inteligência do art. 118 do Decreto-Lei nº 5/1975. Precedentes do STF. Parecer pelo deferimento da ordem.

E. Órgão Especial

I

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Adélia da Silva Coutinho

* Promotor de Justiça Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial.

contra ato do Desembargador Presidente da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou à Impetrante o pagamento de débito tributário correspondente à taxa judiciária.

2. Após o trânsito em julgado de decisão que indeferira petição inicial de mandado de segurança impetrado perante a 4ª Câmara Cível, a Impetrante foi intimada a recolher as custas e a taxa judiciária. Face à sua inércia, os autos foram encaminhados ao contador judicial, que calculou os valores de R$ 142,96 em relação às custas e R$ 14.002,37 para a taxa judiciária.

3. Embora tenha sido atribuído à causa o valor de R$ 100,00 (cem reais), o contador calculou a taxa judiciária sobre R$ 580.023,00 (quinhentos e oitenta mil e vinte e três reais), devidamente corrigidos, alicerçando suas conclusões na constatação de que o pedido mandamental visava à "manutenção da propriedade" e que o valor utilizado como base de cálculo correspondia à avaliação do imóvel em litígio.

4. A Autoridade Impetrada acolheu o entendimento firmado pelo contador judicial e determinou o recolhimento das custas judiciais e da taxa judiciária. Como somente as primeiras foram recolhidas, foi determinada a inscrição do débito correspondente à taxa judiciária em dívida ativa.

5. Sustenta a Impetrante, em síntese, que a decisão da autoridade impetrada, acatando o cálculo formulado pelo contador judicial, merece reforma porque: (a) a taxa judiciária deve ser calculada sobre o valor da causa; (b) somente o juiz pode determinar a alteração do valor da causa (CPC, art. 261); (c) contra os atos do contador judicial não cabe recurso, o que denota a evidente violação ao princípio do devido processo legal (CR/1988, art. 5º, LIV); (d) a decisão que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança silenciou em relação ao valor da causa e transitou em julgado, o que não poderia ser desconsiderado pela autoridade ora impetrada (CR/1988, art. 5º, XXXVI); (e) como a autoridade impetrada proferiu sua decisão fora de uma relação processual, não se pode manejar nenhum recurso, daí o cabimento do *writ*.

6. A inicial foi instruída com os documentos de fls. 9-49.

7. O Exmo. Sr. Desembargador relator indeferiu a liminar pleiteada (fl. 53).

8. Informações da Autoridade Impetrada às fls. 58-60, tendo sido esclarecido que os cálculos elaborados pelo contador judicial encontram fundamento no que dispõe o Decreto-Lei nº 5/1975, sendo utilizado, como base de cálculo da taxa judiciária, o valor do imóvel cuja propriedade a Impetrante pretendia manter.

9. Regularmente intimada, a Procuradoria-Geral do Estado adotou posicionamento no sentido de que não interviria no feito (fl. 66).

II

10. A decisão proferida pela autoridade impetrada foi publicada em 21 de maio de 2010, tempestivo, portanto, o *writ* impetrado em 1º de julho de 2010.

11. Entende a Impetrante que tanto as custas judiciais, como a taxa judiciária, devem ser calculadas tomando-se por base o valor atribuído à causa. Partindo dessa premissa inicial alcança a conclusão de que o trânsito em julgado da decisão que extinguiu o *mandamus* impetrado junto à 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro impediria a utilização de base outra de cálculo que não os R$ 100,00 (cem reais) atribuídos à causa.

12. A premissa em que se baseia a Impetrante é nitidamente sedutora ao observarmos que o valor do pedido exerce influência direta sobre o delineamento do valor da causa, conclusão alcançada com um mero passar de olhos sobre o disposto no art. 259 do Código de Processo Civil. Assim, seria natural a ilação de que ambas as figuras se identificam.

13. Ocorre que, ao maximizar a importância do valor da causa, a Impetrante termina por se distanciar do disposto no art. 24, IV, da Constituição da República. Em outras palavras, embora seja competência privativa da União legislar sobre direito processual, o que, à evidência, absorve a disciplina do valor da causa (CR/1988, art. 22, I), é competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre "*custas dos serviços forenses*". No exercício dessa competência e à míngua de legislação federal que estabeleça normas em contrário a respeito dessa temática, podem os Estados definir qual será a base cálculo dos serviços forenses prestados em seu território.

14. Instado a se manifestar sobre a temática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a base de cálculo pode ser tanto o valor da causa, como o proveito obtido pelo contribuinte, *verbis*:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 14.376, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2002, DO ESTADO DE GOIÁS. REGIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. VALOR DA CAUSA. CRITÉRIO DE COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, INCISO XXXV; 145, INCISO II E § 2º; 154, INCISO I, E 236, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS LEIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Esta Corte tem admitido o cálculo das custas com base no valor do proveito pretendido pelo contribuinte desde que seja fixado um teto para o *quantum* devido a título de custas ou taxas judiciais. Precedentes. 2. O ato normativo atacado não indica o valor da causa ou do bem ou negócio objeto dos atos judiciais e extrajudiciais como base de cálculo da taxa - esses valores consubstanciam apenas critérios para o cálculo. As tabelas apresentam limites mínimo e máximo. 3. Alegação

de "excesso desproporcional e desarrazoado". 4. Controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal. 5. Limites funcionais da jurisdição constitucional. Não cabe ao órgão fiscalizador da inconstitucionalidade valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos. 6. A fundamentação da decisão judicial não pode assentar em "vícios" produzidos no âmbito da liberdade de conformação ou no exercício do poder discricionário do Poder Constituinte. 7. É admissível o cálculo das custas judiciais com base no valor da causa, desde que mantida correlação com o custo da atividade prestada, desde que haja a definição de valores mínimo e máximo. 8. Como observou o Ministro MARCO AURÉLIO na ementa do RE n. 140.265, cogitando do ofício judicante e da postura do juiz, "[a]o examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la". À falta desse "indispensável apoio" a solução que o juiz idealizar como a mais justa não pode ser formalizada. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (STF, Pleno, ADI nº 3.826/GO, rel. Min. Eros Grau, j. em 12/05/2010, DJ de 19/08/2010).

"I. Taxa Judiciária: sua legitimidade constitucional, admitindo-se que tome por base de cálculo o valor da causa ou da condenação, o que não basta para subtrair-lhe a natureza de taxa e convertê-la em imposto: precedentes (ADIn 948-GO, 9.11.95, Rezek; ADIn MC 1.772-MG, 15.4.98, Velloso). II. Legítimas em princípio a taxa judiciária e as custas *ad valorem* afrontam, contudo, a garantia constitucional de acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) se a alíquota excessiva ou a omissão de um limite absoluto as tornam desproporcionadas ao custo do serviço que remuneraram: precedentes (Rp 1.077-RJ, 28.3.84, Moreira, RTJ 112/34; Rp 1.074, 15.8.84, Falcão, RTJ 112/499; ADIn 948-GO, 9.11.95, Rezek; ADIn MC 1.378-5, 30.11.95, Celso, DJ 30.5.97; ADIn MC 1.651-PB, Sanches, DJ 11.9.98; ADIn MC 1.772-MG, 15.4.98, Velloso). III. ADIn: medida cautelar: não se defere, embora plausível a argüição, quando - dado o conseqüente restabelecimento da eficácia da legislação anterior - agravaria a inconstitucionalidade denunciada: é o caso em que, se se suspende, por aparentemente desarrazoada, a limitação das custas judiciais a 5% do valor da causa, seria restabelecida a lei anterior que as tolerava até 20%. IV. Custas dos serviços forenses: matéria de competência concorrente da União e dos Estados (CF 24, IV), donde restringir-se o âmbito da legislação federal ao estabelecimento de normas gerais, cuja omissão não

> inibe os Estados, enquanto perdure, de exercer competência plena a respeito (CF, art. 24, §§ 3º e 4º). V. Custas judiciais são taxas, do que resulta - ao contrário do que sucede aos impostos (CF, art. 167, IV) - a alocação do produto de sua arrecadação ao Poder Judiciário, cuja atividade remunera; e nada impede a afetação dos recursos correspondentes a determinado tipo de despesas - no caso, as de capital, investimento e treinamento de pessoal da Justiça - cuja finalidade tem inequívoco liame instrumental com o serviço judiciário" (STF, Pleno, ADI nº 1.926 MC/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19/04/1999, DJ de 10/09/1999).

15. Ao dispor sobre a matéria, o Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto-Lei nº 5/1975, o qual, após suas alterações, dispôs, em seu art. 118, que a taxa judiciária seria calculada "*sobre o valor do pedido, ainda que seja este diverso do valor da causa fixado para fins processuais*". Valor da causa e valor do pedido apresentam funcionalidades que podem, ou não, coincidir.

16. Na medida em que a legislação estadual determina a utilização do valor do pedido como base de cálculo da taxa judiciária, afigura-se evidente que a premissa norteadora de toda argumentação deduzida pela Impetrante simplesmente não se sustenta.

17. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a narrativa lançada na inicial oferece fartos subsídios para que seja aferida a compatibilidade do tributo cobrado da Impetrante com a ordem constitucional. Afinal, a Autoridade Impetrada, ao acolher o pronunciamento do contador do juízo, entendeu que (1) o valor do imóvel no qual pretendia a Impetrante permanecer deveria ser utilizado como base de cálculo da taxa judiciária; e que (2) o serviço prestado pelo Poder Judiciário, consistente na decisão monocrática que rejeitara a petição inicial do mandado de segurança (fls. 26-27), deveria ser remunerado pela Impetrante com o pagamento de R$ 14.002,37 (catorze mil e dois reais e trinta e sete centavos).

18. Ao utilizar o valor do imóvel como base de cálculo do tributo, a Autoridade Impetrada incorreu em evidente equívoco. Inicialmente, observa-se que o *writ* insurgia-se contra decisão judicial que, em ação possessória, deferira medida liminar determinando que a Impetrante desocupasse, de imediato, o imóvel que recebera em doação. É fácil perceber que o benefício pretendido era o de permanecer no imóvel até o julgamento do mérito. Afigura-se evidente que uma pretensão dessa natureza não pode ser considerada idêntica àquela deduzida, por exemplo, em uma ação reivindicatória, em que se pretende obter, em definitivo, a propriedade do imóvel. *In casu*, na hipótese de recebimento e deferimento do *writ*, a Impetrante conseguiria, apenas, permanecer na posse do imóvel. À luz desse quadro, questiona-se: é possível que o valor do imóvel seja tomado como sendo o pedido ou o benefício a ser obtido?

19. Outro aspecto digno de nota, resultado de pura inferência, não propriamente das informações expressamente declinadas pelo contador judicial, é a de que, além de se valer do valor do imóvel utilizado como base de cálculo do imposto de transmissão (fl. 48), esse valor ainda foi atualizado pelos índices rotineiramente empregados pelo Poder Judiciário. Daí o porque de em apenas 5 (cinco) anos o imóvel ter tido uma valorização de mais de 20%, passando de R$ 580.023,00 para R$ 700.118,50. Essa conclusão torna-se óbvia ao constatarmos que a taxa judiciária foi calculada em R$ 14.002,37, o que equivale a 2% desse último valor. O contador judicial, no entanto, não se preocupou em demonstrar que esse, de fato, é o valor de mercado do bem.

20. Como toda e qualquer taxa, também a taxa judiciária se destina à remuneração de um serviço público específico e divisível. Trata-se do serviço judicial, materializado na atividade judicante. Nessa linha, é fácil concluir que o legislador não tem total liberdade para estabelecer o valor da taxa judiciária. Taxa e serviço devem preservar uma conexão existencial entre si. Em outras palavras, devem guardar uma relação de proporcionalidade. De modo simples e objetivo: a taxa deve ser justa. O critério de proporcionalidade, aliás, encontra-se ínsito no Estado de Direito (CR/1988, art. 1º, *caput*), no devido processo legal em sua dimensão substantiva (CR/1988, art. 5º, LIV) e na vedação ao confisco (CR/1988, art. 150, IV). Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA JUDICIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA: TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA. PRECEDENTE DO STF. VALOR PROPORCIONAL AO CUSTO DA ATIVIDADE DO ESTADO. Sobre o tema da natureza jurídica dessa exação, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de se tratar de tributo da espécie taxa (Representação 1.077). Ela resulta da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte. A taxa judiciária deve, pois, ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça. Ação direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do artigo 114 do Código Tributário de Goiás" (STF, Pleno, ADI nº 948/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 09/11/1995, DJ de 17/03/2000).
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TABELA DE CUSTAS DOS ATOS JUDICIAIS DO ESTADO DO PARANÁ. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: INEXISTÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. BASES DE CÁLCULO DAS TAXAS JUDICIÁRIAS E EMOLUMENTOS: VALOR DA CAUSA E MONTE-MOR. VINCULAÇÃO DAS CUSTAS E EMOLUMENTOS À

> CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Não ofendem o princípio da independência e autonomia dos Poderes (CF, artigos 2º e 99) emendas parlamentares oferecidas a projetos de lei que versem sobre tabelas de custas e emolumentos. 2. A jurisprudência da Corte é tranqüila no sentido de que é constitucional a cobrança da taxa judiciária que toma por base de cálculo o valor da causa ou da condenação, observando-se o princípio da razoabilidade (ADI nº 1.926-PE, Pertence, DJ de 10.09.99; AGRAG nº 170.271-SP, Ilmar Galvão, DJ de 01.12.95). 3. A escolha do valor do monte-mor como base de cálculo da taxa judiciária encontra óbice no artigo 145, § 2º, da Constituição Federal, visto que o monte-mor que contenha bens imóveis é também base de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis* e *inter vivos* (CTN, artigo 33). Precedentes. 4. A vinculação das taxas judiciárias e dos emolumentos a entidades privadas ou mesmo a serviços públicos diversos daqueles a que tais recursos se destinam subverte a finalidade institucional do tributo" (STF, Pleno, ADI nº 2.040/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15/12/1999, DJ de 25/02/2000).

21. Com os olhos voltados ao critério de proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o valor do imóvel em litígio não pode ser utilizado como base de cálculo da taxa judiciária, *verbis*:

> "CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 2.429/96 COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 2.477/97 DO ESTADO DO AMAZONAS. CUSTAS JUDICIAIS. CRIAÇÃO DO FUNDO DE REAPARELHAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO - FUNREJ. É ASSENTE A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DE EMOLUMENTOS A ENTIDADE COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO OU A DETERMINADO ÓRGÃO OU FUNDO; DO CÁLCULO DAS CUSTAS COM BASE NO VALOR DOS BENS IMÓVEIS ENVOLVIDOS NO LITÍGIO; E QUANTO À INEXISTÊNCIA DE TETO PARA COBRANÇA DE TAXAS CUJO VALOR TEM POR BASE O PROVEITO AUFERIDO PELO CONTRIBUINTE, SOBRE AS QUAIS INCIDE ALÍQUOTA VARIÁVEL. PRECEDENTES. A COMPETÊNCIA PARA DEFINIR O VALOR DAS CUSTAS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO É DESTE TRIBUNAL. ENTRADA EM VIGOR DA LEI NÃO PODE SER CONFUNDIDA COM SUA EFICÁCIA. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA" (STF, Pleno, ADI nº 1.889 MC, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/11/1999, DJ de 14/11/2002).

22. Não bastassem as razões expostas, é factível que a decisão monocrática que não recebe uma petição inicial, mesmo que proferida pelo mais alto Tribunal do País, jamais poderia ser remunerada com a cifra astronômica de R$ 14.002,37.

23. É evidente que o ato da Autoridade Impetrada não se harmoniza com a ordem constitucional e, mesmo, com a legislação estadual: no primeiro caso, por cobrar uma taxa em patamares desarrazoados, em tudo dissonantes da natureza do serviço prestado, o que exige a realização de uma interpretação conforme a Constituição; no segundo caso, por considerar valor do pedido o que, de fato, não pode ser considerado como tal.

III

24. O parecer, assim, é no sentido de que seja deferida a ordem para suspender a inscrição do débito imputado à Impetrante na dívida ativa do Estado.

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 2010.

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça
Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA

Subprocurador-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Impetrante que busca a desconstituição de decisão exarada pelo Desembargador Presidente da Comissão do LIII Concurso Público de Provas e de Títulos para Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro, que indeferiu o requerimento administrativo por ele formulado visando à aplicação do sistema de cotas para afrodescendentes.

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA nº 0032238-82.2014.8.19.0000

Impetrante: SILVESTRE GOMES DOS ANJOS

Impetrado: EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DO LIII CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E DE TÍTULOS PARA NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relatora: DES. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mandado de Segurança. Impetrante que busca a desconstituição de decisão exarada pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Comissão do LIII Concurso Público de Provas e de Títulos para Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro, que indeferiu o requerimento administrativo por ele formulado visando à aplicação do sistema de cotas para afrodescendentes previsto nas esferas nacional (Lei nº 12.288/2010) e estadual (Lei nº 6.067/2011 e Decreto nº 43.007/2011). Legislação que dispõe sobre reserva de vagas aos negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. Serviços notariais e de registro que, entretanto, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236 CF). Competência do Conselho Nacional de Justiça para editar normas que regulamentem o serviço notarial e o provimento de cartórios. Resolução nº 81/2009 do CNJ, regulamentadora dos concursos públicos de provas e títulos para outorga das delegações de Notas e de Registro, que não dispõe sobre reserva de vagas para candidatos afrodescendentes. Inexistência de direito líquido

* Procurador de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

e certo. Ausência de ilegalidade passível de reparação pela via mandamental. Denegação da segurança.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL,

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Silvestre Gomes dos Anjos contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Comissão do LIII Concurso Público de Provas e de Títulos para Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro, que, ao apreciar o requerimento administrativo formulado pelo Impetrante visando à aplicação do sistema de cotas para afrodescendentes, previsto nas esferas nacional (Lei nº 12.288/2010) e estadual (Lei nº 6.067/2011 e Decreto nº 43.007/2011), antes da sessão pública de escolha das serventias, entendeu que o pleito deveria ser endereçado ao Conselho Nacional de Justiça, uma vez que os Tribunais de Justiça estão vinculados à superior regulamentação daquela nobre Instituição no que concerne à realização dos concursos para outorga das delegações das atividades extrajudiciais.

Sustenta o Impetrante que a aplicação das normas reguladas pela Lei 6.067/11 e pelo Decreto n.º 43.007/2011, que leva em consideração o artigo 39 da Lei Federal 12.288, de 20 de julho de 2010, determina para o poder público a promoção de ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população afrodescendente, inclusive com a criação de sistema de cotas, inclusive para o atual (LIII) Concurso Público para Notários e Tabeliães, tendo em vista a omissão do mesmo quanto ao cumprimento dos preceptivos constitucionais e legais.

Invocando a existência de direito líquido e certo, requer a concessão da segurança a fim de que o Presidente da Comissão faça publicar edital específico contemplando as cotas para afrodescendentes previstas na legislação em seu favor antes da sessão para escolha das serventias ou, eventualmente, que seja designada uma específica para atendê-lo (pasta 2).

Despacho solicitando informações ao impetrado, determinando a intimação do órgão de representação judicial do Estado do Rio de Janeiro para ciência do feito, na forma do artigo 7º, II, da Lei 12.016/2009, e a posterior remessa dos autos ao Ministério Público (pasta 26).

Informações prestadas pelo impetrado alegando que: **a)** o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a Comissão do LIII Concurso Público estão vinculados ao estrito cumprimento das normas previstas na Resolução CNJ nº 81/2009 e na minuta do edital do certame; **b)** as normas da Resolução nº 81/2009 do Conselho Nacional de Justiça não preveem a reserva de Serviços extrajudiciais para candidatos afrodescendentes; **c)** considerando a disciplina nacional e uniforme imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, não se afigura profícua, salvo melhor juízo, a tentativa do Impetrante de trazer para o âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a discussão a respeito do cabimento da reserva de vagas por critérios raciais nos concursos públicos para outorga de delegações extrajudiciais; **d)** do contrário,

haveria a possibilidade de alteração da disciplina imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ n° 81/2009, caracterizando invasão na seara de sua competência (pasta 32).

Ausente a manifestação da Procuradoria-Geral do Estado, consoante a certidão constante da pasta 60.

Autos remetidos ao Ministério Público.

É o breve relatório.

2. A questão submetida no presente *writ* diz respeito à garantia de reserva de vagas a negros e índios, nos termos da Lei Estadual nº 6.067/11 e do Decreto n.º 43.007/2011, vindicando o impetrante sua aplicação ao LIII Concurso Público de Provas e de Títulos para Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro.

A pretensão foi rechaçada na esfera administrativa sob dois fundamentos.

Em primeiro lugar, por ter como absolutamente duvidosa a aplicabilidade das regras citadas pelo candidato à hipótese em análise, porquanto aquelas dizem respeito a concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, ao passo em que o artigo 236 da Carta Magna estabelece o caráter privado dos serviços notariais e de registro, mediante delegação do Poder Público.

Em segundo lugar, porque os Tribunais de Justiça estão vinculados à superior regulamentação do Conselho Nacional de Justiça no que concerne à realização dos concursos para outorga das delegações das atividades extrajudiciais, devendo o pleito do candidato ser endereçado àquela Instituição.

De fato, a Lei nº 6.067, de 25 de outubro de 2011, alterada pela Lei nº 6740, de 02 de abril de 2014, dispõe em seu artigo 1º que:

> "Art. 1° Ficam reservadas aos negros e índios 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas **nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos** integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua Administração Indireta." (grifo nosso).

Já o Decreto nº 43.007, de 06 de junho de 2011, dispõe que:

> "Art. 1º - Ficam reservadas aos negros e índios 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos **concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos** integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração Indireta do Estado do Rio de Janeiro. (...)" (grifo nosso).

É certo que as formas de combate à desigualdade racial e a adoção de políticas afirmativas constituem veículos admissíveis para a consecução do objetivo de redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, o que constitui um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III e IV, da CF).

Contudo, no caso em tela, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Comissão do LIII Concurso Público estão vinculados ao estrito cumprimento das normas previstas na Resolução CNJ n° 81/2009 e no edital do certame, o qual, no item 1.2 das Disposições Preliminares, dispõe que (consulta via internet):

> 1.2 - O Concurso Público será regido pela Resolução nº 05/2011 do Conselho da Magistratura, publicada no Diário da Justiça Eletrônico, de 20/05/2011, e suas possíveis modificações, na Resolução nº 81/2009 do Conselho Nacional de Justiça, como também por este Edital, cabendo à Cetro Concursos, Consultoria e Administração, doravante denominada Cetro Concursos, a operacionalização do concurso nas suas diversas fases, até a publicação da listagem final de aprovados.

Cumpre ressaltar que o §3º do artigo 236 da Constituição Federal prevê que o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Por outro lado, não há lei complementar federal delegando a Estados ou ao Distrito Federal poderes para, após a vigência da Constituição Federal de 1988, legislar sobre ingresso, por provimento ou remoção, no serviço de notas ou de registro (artigo 22, XXV e parágrafo único, CF).

Logo, nos termos do artigo 103-B, §4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho Nacional de Justiça zelar pela observância do artigo 37 da mesma Carta, editando normas que regulamentem o serviço notarial e o provimento de cartórios.

A Resolução nº 81/2009 do CNJ, que dispõe sobre os concursos públicos de provas e títulos, para outorga das delegações de Notas e de Registro, e minuta de edital, estabelece que:

> Art. 1º O ingresso, por provimento ou remoção, na titularidade dos serviços notariais e de registros declarados vagos, se dará por meio de concurso de provas e títulos realizado pelo Poder Judiciário, nos termos do § 3º do artigo 236 da Constituição Federal.
>
> § 1º A Comissão Examinadora será composta por um Desembargador, que será seu Presidente, por três Juízes de Direito, um Membro do Ministério Público, um Advogado, um

Registrador e um Tabelião cujos nomes constarão do edital.

§ 2º O Desembargador, os Juízes e os respectivos Delegados do Serviço de Notas e de Registro serão designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, depois de aprovados os nomes pelo Pleno ou pelo órgão Especial do Tribunal de Justiça.

§ 3º O Membro do Ministério Público e o Advogado serão indicados, respectivamente, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção local.

§ 4º É vedada mais de uma recondução consecutiva de membros da Comissão.

§ 5º Aplica-se à composição da Comissão Examinadora o disposto nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil quanto aos candidatos inscritos no concurso.

§ 6º Competem à Comissão Examinadora do Concurso a confecção, aplicação e correção das provas, a apreciação dos recursos, a classificação dos candidatos e demais tarefas para execução do concurso, podendo delegar o auxílio operacional a instituições especializadas.

§ 7º Constará do edital o nome dos integrantes das instituições especializadas que participarão do auxílio operacional.

Art. 2º Os concursos serão realizados semestralmente ou, por conveniência da Administração, em prazo inferior, caso estiverem vagas ao menos três delegações de qualquer natureza.

§ 1º Os concursos serão concluídos impreterivelmente no prazo de doze meses, com a outorga das delegações. O prazo será contado da primeira publicação do respectivo edital de abertura do concurso, sob pena de apuração de responsabilidade funcional.

§ 2º Duas vezes por ano, sempre nos meses de janeiro e julho, os Tribunais dos Estados, e o do Distrito Federal e Territórios, publicarão a relação geral dos serviços vagos, especificada a data da morte, da aposentadoria, da invalidez, da apresentação da renúncia, inclusive para fins de remoção, ou da decisão final que impôs a perda da delegação (artigo 39, V e VI da Lei n. 8.935/1994).

Art. 3º O preenchimento de 2/3 (dois terços) das delegações vagas far-se-á por concurso público, de provas e títulos, destinado à admissão dos candidatos que preencherem os requisitos legais previstos no artigo 14 da Lei Federal nº 8.935/94; e o preenchimento de 1/3 (um terço) das delegações vagas far-se-á por concurso de provas e títulos de remoção, com a participação exclusiva daqueles que já estiverem exercendo a titularidade de

outra delegação, de notas ou de registro, em qualquer localidade da unidade da federação que realizará o concurso, por mais de dois anos, na forma do artigo 17 da Lei Federal nº 8.935/94, na data da publicação do primeiro edital de abertura do concurso.

Art. 4º O edital do concurso será publicado por três vezes no Diário Oficial e disporá sobre a forma de realização das provas, que incluirão exame seletivo objetivo, exame escrito e prático, exame oral e análise dos títulos.

Parágrafo Único - O edital somente poderá ser impugnado no prazo de 15 dias da sua primeira publicação.

Art. 5º O edital indicará as matérias das provas a serem realizadas.

Art. 6º O Tribunal de Justiça disponibilizará para todos os candidatos os dados disponíveis sobre a receita, despesas, encargos e dívidas das serventias colocadas em concurso;

Art. 7º São requisitos para inscrição no concurso público, de provimento inicial ou de remoção, de provas e títulos, que preencha o candidato os seguintes requisitos:

I - nacionalidade brasileira;

II - capacidade civil;

III - quitação com as obrigações eleitorais e militares;

IV - ser bacharel em direito, com diploma registrado, ou ter exercido, por dez anos, completados antes da publicação do primeiro edital, função em serviços notariais ou de registros;

V - comprovar conduta condigna para o exercício da atividade delegada.

§ 1º Constará do edital a relação dos documentos destinados à comprovação do preenchimento dos requisitos acima enumerados.

§ 2º Deverão obrigatoriamente ser apresentadas certidões dos distribuidores Cíveis e Criminais, da Justiça Estadual e Federal, bem como de protesto, emitidas nos locais em que o candidato manteve domicílio nos últimos 10 (dez) anos.

Art. 8º Os valores conferidos aos títulos serão especificados no edital, observado de modo obrigatório o teor da Minuta do Edital que integra esta Resolução. (Alteração dada pela Resolução nº 187, de 24 de fevereiro de 2014).

Art. 9º Os títulos deverão ser apresentados na oportunidade indicada no edital.

Art. 10. A classificação dos candidatos observará os seguintes critérios:

I - as provas terão peso 8 (oito) e os títulos peso 2 (dois);

II - os títulos terão valor máximo de 10 (dez) pontos;

§ 1º Será considerado habilitado o candidato que obtiver, no mínimo, nota final cinco;

§ 2º A nota final será obtida pela soma das notas e pontos, multiplicados por seus respectivos pesos e divididos por dez;

§ 3º Havendo empate na classificação, decidir-se-á pelos seguintes critérios:

I - a maior nota no conjunto das provas ou, sucessivamente, na prova escrita e prática, na prova objetiva e na prova oral;

II – exercício na função de jurado, e (Incluído pela Resolução n° 122, de 26.10.10)

III - mais idade. (Inciso renumerado conforme Resolução nº 122, de 26.10.10)

Art. 11. Publicado o resultado do concurso, os candidatos escolherão, pela ordem de classificação, as delegações vagas que constavam do respectivo edital, vedada a inclusão de novas vagas após a publicação do edital.

Art. 12. Das decisões que indeferirem inscrição ou classificarem candidatos caberá recurso ao Pleno, órgão especial ou órgão por ele designado, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da publicação do respectivo ato no Diário Oficial. Nos recursos referentes à classificação dos candidatos, será assegurado o sigilo da identificação destes.

Art. 13. Encerrado o concurso, o Presidente do Tribunal de Justiça expedirá ato outorgando a delegação.

Art. 14. A investidura na delegação, perante a Corregedoria-Geral da Justiça, dar-se-á em 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, uma única vez.

Parágrafo único. Não ocorrendo a investidura no prazo marcado, será tornada sem efeito a outorga da delegação, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça.

Art. 15. O exercício da atividade notarial ou de registro terá início dentro de 30 (trinta) dias, contados da investidura.

§ 1º É competente para dar exercício ao delegado o Corregedor-Geral de Justiça do Estado ou do Distrito Federal, ou magistrado por ele designado.

§ 2º Se o exercício não ocorrer no prazo legal, o ato de delegação do serviço será declarado sem efeito pelo Presidente do Tribunal de Justiça.

> Art. 16. Os concursos em andamento, na data da publicação da presente resolução, serão concluídos, com outorga das delegações, no prazo máximo de seis meses da data desta resolução, sob pena de apuração de responsabilidade funcional.
>
> Art. 17. Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação em sessão pública de julgamento pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça, e, ressalvado o disposto no artigo anterior, não se aplica aos concursos cujos editais de abertura já estavam publicados por ocasião de sua aprovação.

Da análise da referida espécie normativa, constata-se a inexistência de previsão acerca da reserva de serviços extrajudiciais para candidatos afrodescendentes.

Como bem ressaltou o impetrado, *"considerando a disciplina nacional e uniforme imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, não se afigura profícua, salvo melhor juízo, a tentativa do Impetrante de trazer para o âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a discussão a respeito do cabimento da reserva de vagas por critérios raciais nos concursos públicos para outorga de delegações extrajudiciais.*

Do contrário, haveria a possibilidade de alteração da disciplina imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ nº 81/2009, caracterizando invasão na seara da sua competência".

Finalizando, é importante destacar que o procedimento especialíssimo do Mandado de Segurança exige que o direito em questão seja comprovado de plano, baseando-se fundamentalmente em documentos exibidos pelo impetrante e nas informações da autoridade impetrada, não se admitindo a produção posterior de provas em Juízo.

Desta forma, a devida análise da presença do direito líquido e certo alegado limita-se às peças já existentes nos autos.

No dizer do consagrado mestre Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança – 23ª Edição – Malheiros Editores – pág. 35: *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"*.

Efetivamente, o *mandamus* não pode ser utilizado quando o direito postulado carece de dilação probatória, exigindo-se como requisito essencial a comprovação imediata, na petição inicial, dos fatos constitutivos do direito alegado, concluindo-se, por conseguinte, que a demonstração do direito líquido e certo, através de prova pré-constituída, é condição específica da via mandamental.

Além disso, o campo de atuação do Poder Judiciário, no que se refere ao ato administrativo, deve se limitar à análise da observância das prescrições legais relativas à competência, aos motivos, ao objeto, à finalidade e à forma do ato. Não encontrando, sob tais parâmetros, vício de legalidade que o contamine, descabe qualquer outra consideração, do que resulta a inviabilidade do acolhimento do pedido que implique a substituição do administrador pelo juiz, a quem é vedado invadir a esfera de atribuições de outro poder.

Sendo assim, ausente o direito líquido e certo invocado na inicial, é de se afastar a pretensão do impetrante.

3- Por tais razões, opina o Ministério Público pela **denegação** da segurança.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2014.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais, em exercício

Parecer ministerial em processo administrativo. Expediente oriundo do Conselho Superior do Ministério Público. Suspeição e impedimento de membros do Ministério Público.

Robson Renault Godinho*

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais - Assessoria de Assuntos Institucionais -

Procedimentos MPRJ nº 201300968178 e 2014.00546252

Expediente oriundo do Conselho Superior do Ministério Público. Suspeição e impedimento de membros do Ministério Público. Exame genérico das situações e específico da hipótese de designação de membro em caso de não homologação de promoção de arquivamento. Análise do entendimento tradicional de que se trataria de ato de delegação. Discordância. Sistema legal não admite a vinculatividade do pronunciamento do Conselho Superior, salvo na obrigação de que haja nova apreciação do inquérito civil podendo-se, porém, insistir no arquivamento.

Excelentíssimo Senhor Subprocurador-Geral de Justiça,

1. Introdução

O Conselho Superior do Ministério Público, em sessão realizada no dia 22 de agosto do corrente ano, deliberou "pela extração de cópias ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, solicitando a elaboração de estudo a fim de regulamentar as hipóteses de impedimento e suspeição em inquérito civil, bem como de impedimento por não homologação de promoção de arquivamento, nos termos do voto do Relator" (fl. 11 do Procedimento MPRJ nº 201300968178).

Posteriormente, o Conselheiro Alexandre Viana Schott instaurou novo procedimento visando à elaboração de "estudos pela Assessoria Jurídica a respeito dos seguintes temas: 1) a utilização de prova emprestada em inquérito civil, oriunda da quebra de sigilo em inquéritos policiais e ações penais"; 2) a vinculação do Promotor de Justiça desimpedido à decisão do Conselho Superior do Ministério Público, que determinar a realização de diligências e ajuizamento de ação civil pública, quando da

* Promotor de Justiça Assessor de Assuntos Institucionais.

não homologação de promoção de arquivamento de inquérito civil".

Embora o primeiro item não guarde exata semelhança com o tema do primeiro procedimento, todos serão examinados conjuntamente, já que o segundo item está contido integralmente no primeiro procedimento em epígrafe.

2. O voto do Relator

Em criterioso voto (fls. 03/10), que foi acolhido por unanimidade, o Conselheiro Alexandre Viana Schott estabeleceu as seguintes premissas e conclusões:

a) "ao contrário das hipóteses de impedimento e suspeição, a designação de outro membro para oficiar em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada, possui caráter objetivo e impessoal, sendo irreversível";

b) "o órgão de execução no qual tramita determinado procedimento administrativo não pode flutuar de acordo com o membro que dele seja titular";

c) "nas hipóteses de impedimentos pessoais, o procedimento é automaticamente enviado ao promotor de justiça tabelar, sem a necessidade de intervenção da administração, muito menos de ato de designação do Procurador-Geral";

d) "situação bem diversa ocorre quando a promoção de arquivamento não é homologada pelo Conselho Superior, uma vez que o impedimento aí decorrente é de natureza funcional, vale dizer, decorre de um ato praticado pelo membro do Ministério Público que oficiou nos autos, a exigir a intervenção da administração para a designação de outro órgão do Ministério Público, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei 7.347/85";

e) "não é possível fazer qualquer paralelo com a não manutenção de arquivamento em inquérito policial, eis que, neste caso, tratar-se-á de ato de delegação de atribuição do Procurador-Geral, o que inexiste quando o Conselho Superior deixa de homologar a promoção de arquivamento, seja para o prosseguimento das diligências, seja para o ajuizamento de ação civil pública, uma vez que o Conselho não possui tais atribuições para que delas possa delegar";

f) "importante destacar que tais princípios constituem garantias funcionais do membro do Ministério Público, jamais garantias pessoais, de modo que a designação de promotor de justiça desimpedido para prosseguir oficiando em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento não tenha sido homologada pelo Conselho Superior, não é de caráter pessoal, mas funcional, de modo que, mesmo querendo, o Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento não poderá prosseguir oficiando nos autos";

g) "a designação do promotor de justiça desimpedido para oficiar em inquérito civil cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada pelo Conselho Superior está prevista em Lei e devidamente regulamentada em Resolução administrativa, não sendo possível que a remoção do promotor de justiça de origem

afete a atribuição do que foi designado, sendo este e não mais aquele o *promotor natural*";

h) "o fato é que, uma vez deslocada a atribuição para oficiar no inquérito civil em razão da não homologação de arquivamento, esta é uma via sem volta, como única forma de preservar a independência funcional e o princípio do promotor natural";

i) "a restituição dos autos à promotoria de origem somente teria lugar se houvesse Resolução do Procurador-Geral prévia no sentido que a designação se daria em caráter precário, cessando tão logo a causa que a motivou";

j) "não é difícil imaginar que tal instabilidade possa gerar graves prejuízos à instrução do procedimento, em razão da inexistência de um promotor de justiça efetivamente responsável por sua condução, enquanto o inquérito flutua de uma promotoria para a outra, num vai e vem sem sentido".

3. Delimitação objetiva

Como se depreende da leitura do voto do Relator, cujos excertos antes transcritos já indicam a delimitação do objeto deste procedimento, há uma justificada preocupação do Conselho Superior com a insuficiência normativa sobre as hipóteses envolvendo a suspeição e impedimento de membros do Ministério Público, sobretudo na condução de inquéritos civis, registrando-se, com absoluta razão, que os princípios institucionais devem inspirar soluções e prestigiar situações que transcendam as esferas subjetivas dos agentes envolvidos.

Considerando-se a abertura semântica constante da decisão de fl. 11, procuraremos abranger com a amplitude devida o tema posto sob apreciação, mas desde já deve ser ressalvado que eventuais lacunas remanescerão, inevitavelmente. A fim de minimizá-las, será traçado o seguinte roteiro para a abordagem do tema: contornos normativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre suspeição e impedimento, análise dos termos do voto do Relator e, por fim, apresentação de sugestões para futuro regramento da matéria.

4. Disposições normativas

Embora inexista regramento sistemático da matéria no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, existem dispositivos esparsos que devem ser aglutinados neste item para facilitar a exposição.

A Lei Complementar nº 106/03 prevê, em seu artigo 11, XV, que compete ao Procurador-Geral de Justiça "conferir atribuição a membro do Ministério Público para atuar em caso de suspeição ou impedimento, atendendo, na medida do possível, à correspondência entre os órgãos de execução", prevendo, no Capítulo XI, que serão utilizadas as normas previstas na legislação processual para impedimentos na condução de inquéritos civis (artigo 121), vedando-se a atuação de membro junto

a juízo no qual estiver em exercício seu cônjuge, companheiro ou companheira ou parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o 3.º (terceiro) grau (artigo 123) e estabelecendo suspeição, além das hipóteses previstas na legislação processual, nos casos em que tenha emitido parecer, respondido a consulta ou de qualquer forma opinado publicamente sobre o fato do processo ou procedimento e quando houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar, hipótese em que deverá comunicar as razões, reservadamente, ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 124), cabendo lembrar que constitui dever funcional do membro do Ministério Público a declaração de impedimento ou suspeição (artigos 118, VII, da LC nº 106/03, e 43, VII, da Lei 8625/93). Em seu artigo 11, XIII, *a*, dispõe que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para propor ação civil pública, nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito civil, bem como de quaisquer peças de informação. Na Lei 8625/93, igualmente encontram-se as regras de competência que conferem ao Procurador-Geral de Justiça a designação de membro para propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito civil, bem como de quaisquer peças de informações e "assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste" (artigo 10, IX, *d* e *f*)[1]. No Código de Processo Civil, encontramos estas previsões: Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em

[1] Na doutrina, persiste controvérsia sobre a revogação do disposto no artigo 9º, § 4º, da LACP, pela regra de competência do art. 10, IX, *d*, da Lei 8625/93 (cf., por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil:* Processo Coletivo. 4ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 230. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.* 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 91. GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 182 e 293).

favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo. Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal. Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304). Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135. Já no Código de Processo Penal, consta este regramento: Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevindo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo. Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la. Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Especificamente sobre o tema envolvendo o controle da atuação institucional na tutela de direitos transindividuais, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 9º, § 4º, dispõe que "deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para

o ajuizamento da ação". No Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 233, § 5º, determina que "deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação", e na Lei 7853/89, em seu artigo 6º, § 2º, consta que "se a promoção do arquivamento for reformada, o Conselho Superior do Ministério Público designará desde logo outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação", enquanto o Estatuto do Idoso, no artigo 92, § 4º, estabelece a mesma regra, mas com ligeira variação: "deixando o Conselho Superior ou a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, será designado outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação".

A Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe em seu artigo 10, § 4º que "deixando o órgão de revisão competente de homologar a promoção de arquivamento, tomará uma das seguintes providências: I – converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar; II – deliberará pelo prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação", constando no artigo 11 que "não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o órgão responsável pela promoção de arquivamento não homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público ou pela Câmara de Coordenação e Revisão".

Já a Resolução GPGJ nº 1522/09 disciplina a matéria nestes termos: "artigo 19 – [...]§ 1º - Não homologada a promoção de arquivamento, o Conselho Superior do Ministério Público tomará uma das seguintes providências: I - converterá o julgamento em diligência para realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-se e remetendo-se ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar. II - deliberará pelo prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação. § 2º - Na hipótese do inciso II do § 1º, o Conselho Superior do Ministério Público solicitará ao Procurador-Geral de Justiça a designação de outro membro do Ministério Público para atuar no caso. [...] Art. 21 - Não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o membro do Ministério Público responsável pela promoção de arquivamento rejeitada pelo Conselho Superior do Ministério Público".

O Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro possui o enunciado na Súmula nº 01, em que se estabelece que "no exame dos arquivamentos submetidos ao Conselho, o Relator ou o Colegiado poderá determinar a realização de diligências complementares, delegando o seu cumprimento ao Promotor oficiante", constando em seu Regimento interno que "está impedido de votar o Procurador-Geral de Justiça se o arquivamento provier de quem exerça funções

por ele delegadas em caso de suas atribuições originárias" (artigo 64), além de que "homologado o arquivamento, os autos do inquérito civil ou das peças de informação serão restituídos ao órgão de origem pela Secretaria do Conselho" (artigo 65) e "rejeitado o arquivamento, o Procurador-Geral de Justiça designará outro membro da Instituição para ajuizar a ação civil pública" (artigo 66), sendo que "o membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação não está impedido de propor a ação civil pública se surgirem novas provas em decorrência da conversão do julgamento em diligência" (artigo 66, parágrafo único).

Após essa síntese descritiva, em que foram citados os dispositivos normativos mais relevantes para apreciação da matéria, convém tecer algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a suspeição e o impedimento, para, ao final, buscar a formulação de propostas para a solução dos problemas alvitrados pelo Colegiado.

5. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais

A finalidade primordial da previsão de situações que geram impedimento e suspeição de sujeitos relevantes para a participação e condução de processos e procedimentos é a proteção da imparcialidade e, em consequência, a garantia dos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, na medida em que o ordenamento jurídico aprioristicamente estabelece hipóteses em que se presume, de forma relativa ou absoluta, uma espécie de contaminação cognitiva e volitiva para a prática de atos em determinadas circunstâncias.

Cumpre registrar, porém, que a imparcialidade não assegura, por si só, a independência necessária para atuação do juiz ou do membro do Ministério Público. Nas precisas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, "um juiz sem independência será sempre um juiz parcial. Por outro lado, um juiz independente não será, somente por isso, um juiz imparcial. A independência é um meio para que o juiz cumpra o seu dever de imparcialidade. Assegurada a independência, outros mecanismos concretos deverão atuar para garantir que o juiz, ainda que independente, seja também imparcial ou, melhor dizendo, não seja um juiz parcial. Um desses mecanismos é a garantia do juiz natural"[2]. E nesse

[2] Ainda: "A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seu julgador". *A Garantia do Juiz Natural no Processo Penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: USP, 2010, p. 33 e 35 (esta tese foi publicada comercialmente em setembro de 2014 pela editora RT, mas consultamos o trabalho original, de modo que as páginas referidas serão da versão que consta na biblioteca de teses da USP). Mais adiante esse autor relacionará a figura do juiz natural com a "pessoa do julgador" e não apenas com o órgão jurisdicional, conforme anuncia na p. 44 e desenvolve na p. 213 e seguintes da referida tese.

ponto em que a pretensão de imparcialidade, no sentido de atuação desvinculada de características subjetivas ou situações objetivas que a contaminem, encontra-se com a independência funcional, é fundamental aderir expressamente às precisas considerações do Relator sobre a relação entre os princípios e a Instituição.

Com efeito, o princípio da independência funcional, verdadeira glória do Ministério Público brasileiro, não possui alcance ilimitado e nunca pode ser invocado para que o membro deixe de cumprir sua função. Trata-se de garantia constitucional para assegurar o cumprimento de atividades finalísticas e não de álibi para a omissão funcional. Como qualquer outro princípio jurídico, a independência funcional não pode ser erigida à condição de ídolo absoluto, devendo ser aplicada em conjunto com outros princípios correlatos. Não há dúvidas de que a independência funcional é a mais importante garantia para que o membro do Ministério Público exerça sua função constitucional, mas não pode ser constituída em refúgio indevassável para o não exercício discricionário de atribuições. Trata-se de garantia do livre exercício da atuação do Ministério Público e não de um escudo para a falta de intervenção. Realmente, *"deixar ao livre arbítrio do agente decidir se irá, ou não, exercer suas atividades laborativas, é levar longe demais o princípio da independência funcional"*[3].

[3] GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68. Outros lapidares trechos do mesmo autor sobre a independência funcional: "Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, torna-se possível afirmar que o principal prisma de análise desse importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público. Com isto, o plano de aferição deve ser afastado da pessoa do agente, sendo irrelevantes os sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes, não devendo ser confundidas a vaidade da pessoa do agente com a prerrogativa do cargo por ele ocupado. Esta é indispensável, aquela não. A independência funcional orna o cargo, que se destina ao exercício da atividade ministerial, elemento concretizador do interesse público (p. 65). [...] A necessidade de intervenção do Ministério Público e a consequente fixação da atribuição do órgão de execução em determinado procedimento serão divisadas sempre que as situações previstas em lei forem objeto de discussão (*v.g.*: art. 82 do CPC), ainda que, ao final, seja verificada a sua inexistência. Em casos tais, inadmissível será a invocação do princípio da independência funcional para justificar o não exercício das atividades ministeriais. Especificamente em relação às causas em que há interesse público (art. 82, III, do CPC), delas trataremos adiante, pois a mera verificação da existência de um fato não importará na imediata fixação da atribuição do agente, sendo exigida a sua valoração - necessariamente impregnada de grande subjetivismo - para que seja aferida a presença do interesse público, pressuposto da própria atuação ministerial. De qualquer modo, ainda aqui, o agente não tem liberdade na identificação do fato, mas, tão somente, na aferição dos efeitos que dele advirão (p. 67). [...] Não nos impressiona o argumento de que a independência funcional, por ser uma garantia do livre pensamento jurídico do membro do Ministério Público, tornaria imunes de controle as manifestações razoavelmente fundamentadas. Com a devida vênia, em matéria de fixação de atribuições e de definição da própria atuação do Ministério Público, a questão não se superpõe ao aspecto funcional, mas tão somente o tangencia. Considerando que a garantia de livre pensamento jurídico cinge-se ao aspecto funcional, não ao administrativo, incidirá na espécie o princípio da unidade, o qual legitima a unicidade de comando no âmbito institucional e direciona a própria autonomia administrativa do Ministério Público. Situando-se a definição da atribuição no plano administrativo, não se poderá falar em violação ao princípio da independência funcional mesmo na hipótese de o membro do Ministério Público ter se pronunciado pela inexistência de uma situação que justificasse a sua intervenção (p. 70). [...]Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial (art. 10, XII, da Lei nº 8.625/1993). Acaso não seja seguida a recomendação

A independência funcional não se confunde com liberdade de crença e não serve como álibi para a omissão do Ministério Público, sob pena de transmudar-se de garantia para ameaça institucional.

Ou seja: a garantia da independência funcional está inexoravelmente ligada à imparcialidade do membro do Ministério Público, mas isso não significa que sua asseguração formal seja suficiente para possibilitar uma adequada atuação finalística, na medida em que o pretexto de preservá-la pode escamotear uma fórmula de sacrificar o interesse público por razões privadas[4].

Isso não significa, entretanto, que inexista um núcleo intangível da independência funcional que sirva precisamente para garantir a imparcialidade do membro do Ministério Público. Se a independência não pode ser tão ampla que signifique um absolutismo privado, também não pode ser reduzida à condição de *slogan* vazio, propiciando uma interferência forçada no exercício funcional.

O exame mais detido desse possível conflito entre a independência funcional e a decisão do Conselho Superior será realizado oportunamente. Por ora, basta o registro do problema, na medida em que devem ser mencionados outros temas relacionados à suspeição e ao impedimento, considerando-se a abertura do primeiro expediente remetido por aquele Colegiado.

---

e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei: impedimento e suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto que o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente (p. 71)".

[4] "Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro da Instituição não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice que impeça a redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional. A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a Instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático" ALMEIDA, Gregório Assagra. "O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social" (em: www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf). "A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito. O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder". GOULART, Marcelo Pedroso. "*Princípios Institucionais do Ministério Público*: a necessária revisão conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional" (em: www.interlinkeventos.com.br/conamp2007/teses.pdf , p. 715).

Nessa medida, outro ponto relevante está no exame acerca da taxatividade ou não das causas de suspeição e impedimento. Trata-se de opinião corrente a existência de um rol fechado na legislação, sem possibilidade de abertura interpretativa[5], mas recente e autorizado estudo traz novas cores ao debate: "não se pode concordar com a posição prevalecente na doutrina nacional, no sentido de que as hipóteses de impedimento e suspeição caracterizam um rol fechado, não admitindo analogia ou interpretação ampliativa. Aliás, bastaria comparar as hipóteses de impedimento e suspeição do Código de Processo Penal com as do Código de Processo Civil, e constatar as diferenças. Ora, ou se admite que há casos em que se pode identificar potencial risco para o processo civil, mas não para o processo penal, como por exemplo, "o juiz for credor ou devedor de uma das partes" (CPC, art. 135, *caput*, inc. II), porque só se encontra prevista naquele e não nesse, o que não parece uma interpretação razoável; ou se conclui que as hipóteses divergentes mostram situações que, verdadeiramente, não geram risco de parcialidade, o que também não se pode concordar. Por outro lado, há hipóteses não previstas num e noutro, que devem ser consideradas como potencialmente geradoras de parcialidade: imagine-se o caso em que a ré ou a promotora seja amante do juiz, ou tenha sido noiva do julgador, ou ainda haja entre juiz e parte relação entre adotante e adotado, por uma adoção depois declarada nula, ou relação matrimonial também posteriormente anulada. É de se concluir, pois, que as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*" (BADARÓ, ob. cit., p. 34, nota 38).

Essa reflexão é importante, indubitavelmente, mas, como no caso do Ministério Público existe uma conjugação entre as normas processuais, parece-me que se deve falar em uma unidade das causas de suspeição e de impedimento, independentemente da matéria tratada, já que se trata de uma previsão da lei orgânica abstratamente para a atuação funcional, desvinculando-se da matéria objeto de atuação.

Como se sabe, enquanto o impedimento relaciona-se com o objeto da causa, a suspeição é a desconfiança, a dúvida, o receio de que o membro do Ministério Público, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de atuar com isenção

[5] "As hipóteses previstas no art. 252 do Código de Processo Penal são taxativas, não comportando interpretação extensiva nem analógica, e, no caso do inciso III, a previsão de impedimento se dá apenas quando o magistrado tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão, o que, na espécie, não ocorreu"(HC 283.532/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014). "As causas de impedimento são exaustivas e não comportam ampliação" (HC 118.291/PB, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008). "causas de impedimento do julgador, listadas no art. 252 do CPP, são mesmo taxativas e jungidas a fatos diretamente relacionados à ação penal em que arguida a imparcialidade do julgador. Até porque o tratamento normativo-ordinário do impedimento e da suspeição do julgador não tem outro objetivo senão o de densificar as garantias do Juiz natural (inciso LIII do art. 5º da CF) e do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF). Nesse sentido, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já recusaram pedidos de uma mais larga interpretação das hipóteses de impedimento do magistrado, expressamente definidas no art. 252 do Diploma Processual Penal". (AImp 4 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012).

dada sua relação com qualquer das partes em razão de algum vínculo subjetivo com determinada causa[6]. O Código de Processo Civil, como antes descrito, prevê diversas hipóteses de tais situações, devendo-se ler o artigo 138, I, cuja redação pode soar um tanto truncada, da seguinte forma: aplica-se ao Ministério Público, quando for parte no processo, o disposto nos incisos II a VI do art. 134 e I a IV do art. 135[7].

Não é necessário o exame pormenorizado de cada uma dessas hipóteses, mas convêm assinalar algumas peculiaridades que podem guardar relevância com a atividade do Conselho Superior do Ministério Público.

Inicialmente, vale registrar que, ao contrário do que dispõe expressamente a legislação de regência, a jurisprudência vem permitindo a atuação sucessiva de cônjuges membros do Ministério Público em um mesmo processo[8]. Essa solução decorre da interpretação de que o Ministério Público é indivisível e atua institucionalmente e não na pessoa de seus membros. Entretanto, essa interpretação, que pode ter alguma justificativa pragmática, vai contra toda a sistemática da suspeição e do impedimento, cuja incidência necessariamente se dá individualmente e, no limite, essa ginástica hermenêutica afetaria outras hipóteses correlatas, reduzindo muitíssimo a necessária incidência das hipóteses legais. No caso do Rio de Janeiro, há que se ter em mente, ainda, o disposto no artigo 123 da LC nº106/03.

Outro dado a se registrar está no entendimento de que a atuação de um mesmo membro em procedimentos diversos, ainda que decorrentes do mesmo fato, não enseja impedimento[9]. Aplica-se o entendimento sedimentado na jurisprudência,

---

[6] TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 416. "Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 420).

[7] TORNAGHI, ob. cit., p. 430. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 175/176. No novo CPC, a regra é mais simples: Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao membro do Ministério Público;

[8] Exceção de suspeição. Processual penal. Participação da Subprocuradora-Geral da República no interrogatório de acusados no inquérito objeto do *habeas corpus*. Cônjuge do Subprocurador-Geral da República oficiante na impetração que se volta contra aquele. Suspeição não caracterizada. 1. Há precedente desta Suprema Corte, no qual, explicitamente, indica-se que não há impedimento na atuação sucessiva de cônjuges promotores de justiça, no curso do mesmo processo (HC nº 77.959/PB, Primeira Turma, Relator o Ministro Octávio Gallotti, DJ de 21/5/99). 2. No caso presente, tem-se, nos autos, que a Subprocuradora-Geral da República fez apenas o acompanhamento das oitivas, sem ter adotado nenhuma intervenção no sentido de interferir ou tomado parte efetiva na investigação. 3. Exceção rejeitada. (ES 5, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-01 PP-00001 RTJ VOL-00205-03 PP-01011). RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO. ATUAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CÔNJUGES. IMPEDIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE SUPREMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO .1. Inexiste impedimento de atuação de cônjuges membros do Ministério Público em um mesmo processo. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso especial provido. (REsp 1413946/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

[9] PROCESSUAL PENAL. INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE DO ART. 252, INCISO III, DO CPP. JUIZ QUE ATUOU NA MESMA INSTÂNCIA EM AÇÕES DE NATUREZAS DIVERSAS. IMPEDIMENTO NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. A causa de impedimento prevista no inciso

que pode ser ilustrado por esta ementa: *Habeas corpus. Crimes contra a administração pública. Réu magistrado. Julgamento da ação penal pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Órgão composto por alguns membros da Corregedoria-Geral de Justiça. Alegado impedimento. Art. 252, III, do CPP. Rol taxativo. Jurisdição. Conceito que não abrange a esfera administrativa. Precedentes. Nulidade não configurada. Ordem denegada.* 1. *Relacionados ao princípio do devido processo legal, os princípios do duplo grau de jurisdição e da imparcialidade encontram no art. 252 do CPP vedações à atuação jurisdicional do magistrado que concretizam e permitem a devida tutela jurisdicional, elemento constante do art. 5º, XXXV, da CF, de natureza de direito fundamental.* 2. *Denota-se do conteúdo do art. 252, III, do CPP, a impossibilidade de atuação do juiz, sobre os mesmos fatos, em diferentes graus de jurisdição; não se cuida, portanto, de atuação em esferas de naturezas distintas, a saber no caso concreto: a administrativa e a penal.* 3. In casu, *tratando-se de processos de origem administrativa e judicial, julgados pela Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo e pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente, não há ofensa ao disposto no art. 252, III, do CPP o julgamento por magistrados que componham e tenham atuado em ambos os feitos, dada a essência diversa das esferas.* 4. *"Neste diapasão, buscando as esferas administrativa e criminal objetivos totalmente distintos, pois, em cada uma, a matéria é posta em análise sob diferentes enfoques, nada impede que o juiz da seara administrativa também o seja na criminal, nada obstando, inclusive, o seu sorteio como relator em qualquer delas" (HC 42.249/RJ).* 5. *Constitui rol taxativo as hipóteses de impedimento do art. 252 do CPP, de forma que não se estende o conceito de "jurisdição".* 6. *Ordem denegada. (HC 131.792/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 22/11/2011, DJe 06/12/2011).*

Não fosse esse entendimento, simplesmente estaria inviabilizado o exercício funcional em comarcas de juízos únicos, em que necessariamente há uma atuação plúrima a partir dos mesmos fatos[10]. Note-se que a aplicação automática e literal

---

III, do art. 252, do Código de Processo Penal, refere-se a Juiz que se manifestou sobre a mesma questão de fato ou de direito em outra instância, o que não se verificou no caso concreto. Precedentes do STF e do STJ. (REsp 1288285/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 03/12/2012). *Habeas Corpus*. 2. Magistrado que julgou o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato. 3. Impedimento. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. 4. Impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada. (HC 97544, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-234 DIVULG 02-12-2010 PUBLIC 03-12-2010 EMENT VOL-02444-01 PP-00005 RTJ VOL-00220- PP-00451 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 444-451). Em sentido contrário: *HABEAS CORPUS*. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia (HC 94641, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-03 PP-00589).

[10] A coincidência subjetiva sucessiva não é suficiente para configurar suspeição ou impedimento: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. DEMONSTRAÇÃO. SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O fato de a autoridade impetrada, promotor de justiça, já ter presidido anterior inquérito civil no qual o recorrente figurava como investigado não acarreta o seu impedimento ou suspeição para abertura de novo inquérito civil, sendo o caso de incidência, por analogia, da Súmula 243/STJ. 2. "Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil" (RMS 30.510/RJ, Rel. Min. ELIANA

do disposto no artigo 124, I, da LC nº 106/03, poderia ensejar orientação diversa daquela estampada na jurisprudência antes referida, o que poderia ser justificado pela existência de norma específica, mas, repita-se, isso significaria uma subversão de uma realidade fática consolidada há décadas, razão pela qual me parece que esse dispositivo deve ser lido na forma daquele outro, a fim de estabelecer a suspeição apenas quando a atuação se der na mesma esfera de atribuição, interpretada restritivamente.

Convém assinalar, outrossim, que o disposto no artigo 124, parágrafo único, primeira parte, da LC nº 106/03, teve sua incidência no mínimo arranhada diante do decidido pelo Conselho Nacional do Ministério Público no julgamento do PCA 0.00.000.000214/2012-28, quando se excluiu expressamente a obrigatoriedade de o membro declinar a motivação que o levou a declarar-se suspeito por razão de foro íntimo, na linha do que já havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal[11].

Assunto correlato está na interpretação do artigo 134, III, do CPC, e sua aplicação em sede de análise de arquivamento de inquérito civil, já que um Conselheiro pode haver atuado anteriormente em inquérito submetido à apreciação. Sobre esse tema, temos duas soluções possíveis: 1) entender que não se trata da mesma esfera de atribuição, na linha do exposto no parágrafo anterior, permitindo sua atuação independentemente do conteúdo de seu pronunciamento no inquérito civil, o que, em tese, pode significar uma apreciação do próprio ato de arquivamento do inquérito[12] (hipótese bastante improvável diante do limite temporal e a necessidade de promoção e eleição para ter assento no Conselho); 2) considerar como fator impeditivo apenas nos casos em que sua atuação do inquérito civil pode se assemelhar a um conteúdo decisório, já que não basta a simples participação no procedimento para que se configure o impedimento[13].

Situação peculiar envolvendo o tema e intrinsecamente vinculada ao Conselho Superior está no exame da substituição do Procurador-Geral em caso de

---

CALMON, Segunda Turma, DJe 10/2/10).
3. No caso, a abertura do inquérito civil foi devidamente justificada pela autoridade impetrada, que aponta eventuais ilegalidades na Portaria 101/07, editada pelo recorrente quando ocupava a Chefia da Polícia Civil.
4. Recurso ordinário não provido. (RMS 27.004/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010).

[11] Juiz: suspeição por motivo íntimo: admissibilidade também no processo penal, independentemente de sua revelação pelo juiz e sem prejuízo, no caso, da validade dos atos anteriores (HC 82798, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/08/2003, DJ 21-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02133-03 PP-00507).

[12] *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. IMPEDIMENTO DA DESEMBARGADORA-RELATORA."Importa em desrespeito ao preceituado no artigo 252, III, do CPP, quando o magistrado, que atuou, no processo, em primeira instância, participa do julgamento da apelação, em segunda instância. Atos de mero expediente ou de impulso procedimental não são capazes, *ex vi* jurisprudência, de causar o impedimento referido, porém, *in casu*, houve decisão sobre pedido, formulado pelo paciente, de restituição de um automóvel, ensejando considerações da julgadora, que tocam no mérito da demanda. Além disso, houve quebra de sigilos fiscal e bancário de pessoa, vinculada ao paciente, pela mesma julgadora." Ordem concedida. (HC 22028/AM, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 04/11/2002, p. 222).

[13] TORNAGHI, ob. cit., p. 419. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 159.

não homologação de arquivamento de inquérito civil sob sua atribuição originária. Como a recente lei complementar nº159/14 estabeleceu que, em caso de suspeição ou impedimento do Procurador-Geral, seu substituto legal será o "membro eleito do Conselho Superior mais antigo na classe", pode surgir a controvérsia acerca da parcialidade do agente que, participando da votação do Colegiado acerca do arquivamento originário, venha suceder o Procurador-Geral por força do próprio julgamento.

Caso se considere suspeito ou impedido o membro do Conselho Superior que tenha participado da votação, nunca haveria incidência da norma de substituição nas hipóteses de não confirmação do arquivamento, salvo quando o substituto não houver exercido suas funções de Conselheiro no caso, isto é, não tiver participado da respectiva sessão de julgamento.

Diante da nova sistemática legal, é necessário buscar uma harmonização do sistema e não rechaçar uma questão de política legislativa sob o argumento de que não se adequaria a uma sistemática "antiga". Como a tarefa interpretativa não pode ser confundida com imposição de preferências pessoais, ainda que se discorde da opção legislativa é imperiosa sua recepção, não cabendo uma acomodação hermenêutica que inviabilize por completo a aplicação da norma. Como não se pode confundir a pessoa do Conselheiro com o órgão de execução Conselho Superior, a decisão de não homologação de arquivamento será proferida pelo Colegiado, mantendo-se íntegra a possibilidade de um de seus membros, na condição de Procurador-Geral, em exercício, receber o inquérito civil para reapreciação. Como assinalado em linhas anteriores, o exercício da função de Conselheiro, em julgamento administrativo, não se confunde com a esfera de atribuição de órgão de execução com atribuição para, se for o caso, ajuizamento de ação civil pública, não havendo aqui necessária relação de prejudicialidade entre questões decorrentes de um mesmo fato. Note-se, ainda, que o sistema vigente admite essa dualidade de funções entre órgãos julgadores, sem qualquer mácula na atuação sucessiva em situações distintas, ainda que no mesmo caso. Pense-se, por exemplo, no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que concomitantemente exercem as funções de Ministros do Tribunal Superior Eleitoral e julgam recursos ou ações diretas de inconstitucionalidade sobre os mesmos casos de que participaram como julgadores anteriormente[14].

[14] É bem verdade que a participação em processos objetivos não se considera a existência de suspeição ou impedimento: "O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo de controle concentrado de constitucionalidade, não está impedido de participar de seu julgamento, não obstante suscitada, em referida causa, a discussão, "in abstracto", em torno da constitucionalidade (ou não) de resoluções ou de atos emanados daquela Alta Corte. Também não incidem, nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado

Assim como o Procurador-Geral da República continua legitimado para atuar no Supremo Tribunal Federal contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público, do qual também é integrante e presidente. De todo modo, deve-se evitar qualquer solução pragmática que chancele uma estratégia predeterminada de acordo com a conveniência do membro, possibilitando que "escolha" as situações em que atuará como Conselheiro ou como substituto do Procurador-Geral. A partir do momento em que a Lei Orgânica consagra um sistema de substituição por parte de um dos Conselheiros, evidentemente isso deve ter um impacto sistemático também no regramento das suspeições ou impedimentos, sob pena de se inviabilizar uma inovação legislativa, cujo mérito é matéria externa e afeta ao plano político. Ainda que se discorde no âmbito da política legislativa, o dado normativo não pode ser ignorado e, sem tergiversações, temos agora um sistema em que se optou por essa dupla participação, inexistindo qualquer inconstitucionalidade nessa escolha. Note-se que no âmbito do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça sempre se conviveu com essa possibilidade nos casos de não homologação de inquérito policial arquivado pelo Procurador-Geral, quando então se realiza um sorteio para que qualquer membro que tenha votado seja designado para oferecer a denúncia[15]. Veja-se, pois, que juridicamente não há óbice, salvo se se pretender fazer qualquer juízo de conveniência sobre o tema, o que é, como todas as vênias, uma discussão metajurídica.

Outro ponto que merece menção é a controvérsia sobre a possibilidade de uma espécie de transcendência da situação de suspeição ou impedimento, isto é, sua extensão a outras situações semelhantes. Como se sabe, tradicionalmente

---

a viabilizar o julgamento, não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), "in abstracto", de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. - Revela-se viável, no entanto, a possibilidade de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal invocar razões de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único) como fundamento legítimo autorizador de seu afastamento e consequente não participação, inclusive como Relator da causa, no exame e julgamento de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade". (ADI 3345, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-01 PP-00110 RTJ VOL-00217- PP-00162). Entretanto duas ponderações devem ser acrescidas: 1) o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é bastante claro no sentido da possibilidade da participação dos Ministros, sem distinguir o processo: "Art. 277 - Os Ministros declarar-se-ão impedidos ou suspeitos nos casos previstos em lei. Parágrafo único. Não estão impedidos os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral, tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição"; 2) essa objetividade de que se fala centra-se na inexistência de interesse subjetivo em jogo, ou seja, na ausência de pretensão própria da parte, que é, nesse aspecto, precisamente o que ocorre nas ações civis públicas (a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de 'processos subjetivos'. A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado" (Ação civil pública e controle de constitucionalidade. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Arnoldo Wald (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161 – ressalvo que essa transcrição não significa qualquer adesão às conclusões a que chega o articulista no artigo ora citado).

[15] Regimento Interno do OECPJ/MPRJ: Art. 52 - Ao pedido de revisão da decisão do Procurador-Geral de Justiça que determinou o arquivamento, em casos de sua atribuição originária em matéria penal, aplica-se o procedimento previsto no Título II, contado o prazo de 20 (vinte) dias da publicação da decisão no Diário Oficial. Parágrafo único - Sendo reformada a decisão de arquivamento, o Órgão Especial, na mesma sessão, designará, mediante sorteio, um de seus membros para oferecer a denúncia, dentre os que não ocupem cargo de Subprocurador-Geral de Justiça.

considera-se que a suspeição e o impedimento são necessariamente tópicos, ou seja, devem ser verificados em específica hipótese ou em "dada causa"[16], mas há quem sustente sua "eficácia externa", que estará presente quando houver uma causa em que exista uma situação que já foi reconhecida como apta para afetar a parcialidade do agente[17].

Em relação a procedimentos extrajudiciais instaurados por membros do Ministério Público, é necessário fixar a atribuição do órgão que resolverá a questão de eventual exceção de suspeição ou impedimento. Ou seja, há que se estabelecer quem resolverá uma alegação acerca da parcialidade de membro no decorrer de um inquérito civil. A lei 8625/93 dispõe o seguinte: "Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações [...] f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste"; já a LC nº 106/03 prevê: "Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça: XIII - designar membros do Ministério Público para: a) oferecer denúncia ou propor ação civil pública, nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação; [...] XV - conferir atribuição a membro do Ministério Público para atuar em caso de suspeição ou impedimento, atendendo, na medida do possível, à correspondência entre os órgãos de execução; [...] XVII - declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial". Poder-se-ia cogitar da aplicação da regra que confere ao Órgão Especial a competência para deliberar sobre assuntos de relevância institucional. Entretanto, em casos de designação, corriqueiramente o Procurador-Geral de Justiça é quem disciplina a matéria, especialmente em razão da dinamicidade necessária para a continuidade do serviço público, não cabendo invocar uma regra residual quando se tem toda uma sistemática voltada para a atuação do Procurador-Geral em matéria que afeta a atribuição de órgão de execução[18].

Examinemos agora o núcleo do problema que é especificamente o item 2 do Processo MPRJ 2014.00546252, que consiste precisamente no exame da existência de "vinculação do Promotor de Justiça desimpedido à decisão do Conselho Superior do Ministério Público que determinar a realização de diligências e ajuizamento de ação civil pública, quando da não homologação de promoção de arquivamento em inquérito civil".

Evidentemente, os procedimentos mencionam a vinculação de Promotor de

[16] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224.
[17] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 550/551.
[18] No mesmo sentido, Mazzilli: *O Inquérito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95.

Justiça por se tratar de situação mais corriqueira, mas é certo que, nesse aspecto, inexiste diferença relevante decorrente do cargo do agente, de modo que tudo o que aqui se disser a esse respeito também é aplicável aos casos de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça.

Confira-se o que diz sobre o tema Hugo Nigro Mazzilli, seguramente o autor que mais tratou do assunto doutrinariamente: "Diz a lei que, reformando a promoção de arquivamento do inquérito civil, o Conselho Superior do Ministério Público designará *outro órgão* para ajuizar a ação. Houve equívoco técnico, pois o impedimento será apenas do *membro* que promoveu o arquivamento. O *órgão* poderá até ser o mesmo; o impedimento é pessoal, ou seja, é do membro da Instituição que promoveu o arquivamento. O impedimento não é de qualquer titular ou ocupante da promotoria, procuradoria de Justiça, procuradoria do Trabalho ou procuradoria da República onde se promoveu o arquivamento, mas somente *daquele determinado agente*" [...]. "Se a lei criou um impedimento para que o membro ministerial, autor da promoção de arquivamento, possa propor a ação, este mesmo membro não poderá mais tarde decidir se assume ou não a promoção da ação objeto de desistência de colegitimado" (o que também se extrai do disposto no artigo 11 da citada Resolução CNMP nº 323/07). [...] "As súmulas números 16 e 17 do CSMP-SP[19] aplicam-se apenas aos casos de conversão do julgamento em diligência quando o membro do Ministério Público tenha propugnado pelo arquivamento do inquérito civil por não vislumbrar base fática suficiente para a ação civil pública. Mas se ele promoveu o arquivamento por entender que, independentemente da prova material de sua ocorrência, o fato apurado no inquérito civil não constitui nem mesmo em tese violação a qualquer interesse que lhe incumba defender, a eventual conversão do julgamento em diligência, determinada pelo Conselho Superior do Ministério Público, ensejará diligências que haverão de ser cumpridas por outro membro do Ministério Público, e não pelo primeiro. Seria incompatível que este fosse obrigado a fazer diligências investigatórias para apurar um fato que ele entende que, sequer em tese, constitui infração a qualquer interesse que lhe incumba defender". [...] "Se o Conselho Superior do Ministério Público ou a Câmara de Coordenação e Revisão rejeitarem a promoção de arquivamento do inquérito civil ou de peças de informação, e determinarem que a ação civil pública seja proposta, necessariamente deverão designar outro membro do Ministério Público para ajuizá-la. Isso visa não só a preservar a convicção do membro do Ministério Público que propendeu pelo arquivamento, como ainda e principalmente a evitar incompatibilidades que facilmente surgiriam se assim não procedesse", o que

[19] Súmula n.º 16. "O membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento de inquérito civil ou de peças de informação não está impedido de propor a ação civil pública, se surgirem novas provas em decorrência da conversão do julgamento em diligência." Súmula n.º 17. "Convertido o julgamento em diligência, reabre-se ao Promotor de Justiça que tinha promovido o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação a oportunidade de reapreciar o caso, podendo manter sua posição favorável ao arquivamento ou propor a ação civil pública, como lhe pareça mais adequado. Neste último caso, desnecessária a remessa dos autos ao Conselho, bastando comunicar o ajuizamento da ação por ofício."

deve ser estendido também à situação de designação para prosseguimento em diligências. Nesses casos, "o membro do Ministério Público designado para propor ação civil pública não agirá por atribuições próprias e sim por delegação do órgão colegiado. Isso significa que a decisão técnica e funcionalmente independente de, em nome do Ministério Público, propor ou não a ação civil pública não é do membro designado e sim do órgão designante. Não se veja aí qualquer violação ao princípio da independência funcional do membro do Ministério Público designado. A independência funcional existe sempre em favor do promotor natural, ou seja, daquele órgão que, em nome do Ministério Público, está previamente investido no poder de tomar decisões originárias [...]. Na revisão do arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, o promotor natural passará a ser o órgão revisor, ou seja, o Conselho Superior ou a Câmara de Coordenação e Revisão é que serão os promotores naturais do caso, e a eles é que incumbirá dar, pelo Ministério Público, a palavra final sobre se o caso é de homologar o arquivamento das investigações ou propor a ação civil pública", ou prosseguir na investigação. [...] "Nas hipóteses em que a lei cometa ao Procurador-Geral ou a um Colegiado competente do Ministério Público o poder de agir por atribuições próprias, estes, em vez de agirem diretamente, têm o poder de efetuar a designação de um outro membro da Instituição para, em nome deles, tomar as providências que entendam cabíveis; nesse caso, estarão apenas delegando uma atribuição própria a outro órgão da mesma Instituição". [...] Neste caso, este novo órgão – o designado – não concentra nas suas mãos atribuição originária alguma para apreciar o caso, senão estaria sendo uma instância de revisão do que foi decidido já em grau de revisão pelos órgãos competentes do Ministério Público. Recebe nas mãos, antes, um encargo ou uma determinação, ou seja, é destinatário de uma designação para executar um ato específico, certo e delegado: propor uma ação pública"[20]. Mais recentemente, assim se pronunciou esse autor: "Apesar da clareza do texto constitucional, creem alguns que o princípio hierárquico ainda subsista, tanto que o art. 28 do CPP permite que o Procurador-Geral, como chefe do *Parquet*, mande propor a ação penal pública. Entretanto, não é bem assim. Primeiro, porque é excepcional a possibilidade de o Procurador-Geral rever um ato de atividade-fim de um órgão do Ministério Público:

[20] *O Inquérito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89/91 e 263/269. Ainda do mesmo autor e no mesmo sentido: MAZZILLI. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. *A Ação Civil Pública após 25 Anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2010, p. 308/309 e 313/314. Também entendem ser hipótese de delegação: PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 53, nota 67. MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 231/232. FERNANDES NETO, Guilherme e outros, ressalvando, claro, a possibilidade de o membro designado opor alguma causa de impedimento ou suspeição. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23. SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil:* processo coletivo. Vol. 4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 217. Nesse mesmo sentido o Enunciado nº 24 editado pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: "Rejeitada a promoção de arquivamento de Inquérito Civil ou do procedimento preparatório, o membro do Ministério Público designado para a realização de diligências, prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório ou aforamento de Ação Civil Pública age por delegação do Conselho Superior do Ministério Público, exercendo, nesta condição, a *opinio actio*, do Colegiado."

o poder de revisão não é a regra, e, sim, só ocorre em situações legais específicas, como na revisão do arquivamento de inquérito policial (CPP, art. 28) ou de inquérito civil (Lei 7.347/1985, art. 9º). Depois, a revisão em nada fere a independência funcional dos membros do Ministério Público. A independência funcional é a possibilidade que a lei confere ao agente político de tomar decisões originárias na sua esfera de atribuições; essa possibilidade o órgão do Ministério Público detém ao decidir se propõe, ou não, uma ação; contudo, não é porque ele tem independência funcional que sua decisão não possa se submeter a uma revisão; pelo contrário. [...] Poderia o promotor assim designado pelo Procurador-Geral ou pelo Colegiado recusar-se a propor a ação? Não. O primeiro promotor, que propendeu pelo arquivamento, toma a decisão originária, com a independência funcional própria aos agentes políticos; o Procurador-Geral ou o Colegiado, conforme o caso, também são agentes políticos, e agem com independência funcional, aprovando ou rejeitando o arquivamento; mas o segundo promotor, que vier a ser designado pelo Procurador-Geral ou pelo Colegiado, não agirá como agente político, e sim atuará por delegação: a decisão final da Instituição já terá sido tomada, incumbindo a ele, apenas, cumpri-la. Ele apenas mencionará, na peça inicial, que, por delegação do Procurador-Geral ou do Colegiado competente, está promovendo aquela ação. [...] O promotor tem independência funcional para tomar as decisões que a lei pôs em suas mãos; não para recusar cumprimento à deliberação tomada por outro órgão a quem a lei atribuiu a manifestação final da Instituição no caso concreto"[21].

Compreende-se o esforço argumentativo e o contorcionismo técnico que se extraem das transcrições nas linhas anteriores, com que se pretende conferir efetividade à decisão do Conselho Superior, cuja falta de cogência sem dúvida enfraqueceria a atividade revisora exercida pelo Colegiado.

Entretanto, uma vez mais deve ser reiterado que a apreciação técnica de institutos não se confunde com desejos pessoais, de modo que não se pode ler o regramento normativo buscando o que se quer ver e não o que está efetivamente escrito. Evidentemente a atividade interpretativa não se resume a um juízo silogístico asséptico, mas, também, não é ilimitada nem autoriza a criação de teorias desprovidas de qualquer outra base que não o argumento de autoridade.

Toda discussão envolvendo competência e atribuição de órgãos públicos necessariamente está balizada pelo princípio da legalidade e não se deve buscar qualquer outro subsídio que não aquele decorrente do direito positivo. Estamos em uma seara de política legislativa, não havendo que se falar aqui em conceitos jurídicos fundamentais, como se estivéssemos diante de problemas ontológicos. A controvérsia, na realidade, deve ser resolvida a partir dos conceitos jurídico-positivos: "O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável.

[21] Os limites da autonomia e da independência funcionais no Ministério Público brasileiro. *Ministério Público:* vinte e cinco anos do novo perfil constitucional. Sabella, Pozzo e Burle Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 245/247.

Acrescentando que são conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento. [...] Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço. Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido"[22].

Além disso, o paralelo com o processo penal é totalmente descabido[23]. Em todos seus escritos sobre o tema, Mazzilli se baseia unicamente nessa analogia, valendo-se inclusive dos textos de Frederico Marques e Hélio Tornaghi sobre o sistema do controle do arquivamento do inquérito policial[24]. Entretanto, há diferenças básicas e fundamentais entre o controle do arquivamento do inquérito civil e do inquérito policial: um é eminentemente endógeno, enquanto o outro, em regra, é submetido a um exame de órgão externo; no inquérito civil, o controle será sempre efetuado por órgão colegiado e a revisão de arquivamento de inquérito policial se dá, também em regra, por órgão monocrático, embora se trate de controle de legitimidade ativa privativa, enquanto o inquérito civil lida com legitimidade disjuntiva e concorrente; essa privatividade da legitimidade ativa evidentemente possui consequências práticas, como a necessidade de maior rigor no controle do denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal, cuja incidência no processo coletivo é no mínimo discutível[25]; além disso, a homologação do arquivamento do inquérito civil – ou o não cumprimento da decisão que não o homologou – não impede a propositura da ação civil pública posteriormente pelo próprio Ministério Público e especialmente, claro, por qualquer outro legitimado; e a diferença principal e fundamental: no caso da ação penal, a atribuição é legalmente transferida para o Procurador-Geral, já no processo coletivo inexiste deslocamento vertical de atribuição, permanecendo a atividade finalística aos órgãos ordinários de execução.

Ora, se é da natureza da delegação a possibilidade de realização direta da atividade delegada, não há como explicar o fenômeno no âmbito do processo coletivo, já que o Procurador-Geral - e muito menos o Conselho Superior – não detém atribuição para o ajuizamento da ação civil pública, salvo nos excepcionais casos de atribuição originária, evidentemente. Se se trata de delegação, aquele que delega necessariamente pode fazer de modo direto aquilo que foi delegado[26].

---

[22] DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 39/40.
[23] E o voto do Conselheiro Alexandre Viana Schott bem ilustra o ponto.
[24] Cf., *O Inquérito Civil*... ob cit., p. 267/268.
[25] Cf. FERRARESI, Eurico. O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. *Temas Atuais do Ministério Público*. Cristiano Chaves de Farias, Leonardo Moreira Alves e Nelson Rosenvald (org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
[26] Trata-se de noção básica, mas há parâmetro para o afirmado no direito positivo, conforme o disposto na Lei 9784/99. E mesmo a delegação convive com uma esfera de liberdade do delegado. Exemplo concreto e de passado não tão longínquo: toda a atribuição para ajuizamento de ações coletivas no Ministério Público do Rio de Janeiro, independentemente do polo passivo, era do Procurador-Geral de Justiça, que a delegava para diversos órgãos de atribuição, genericamente, sem qualquer indicação para o efetivo exercício da atividade finalística. Se delegação fosse vinculação absoluta, o ato do Procurador-Geral

É bem verdade que se poderia considerar que a ausência de obrigatoriedade do cumprimento do decidido pelo Conselho Superior tornaria o controle do arquivamento do inquérito civil praticamente um ato meramente persuasivo, enfraquecendo o sistema de controle da obrigatoriedade do ajuizamento da ação coletiva. Contudo, além de, como já assinalado, essa obrigatoriedade não ser pacífica, se foi essa a opção legislativa, não pode haver uma rebelião prática apenas por questão de preferência pessoal. Note-se que o controle do Conselho Superior é relevante para fins de verificação da regularidade da atuação funcional, para a formação de um pensamento institucional sobre os temas (sempre em caráter de recomendação) e para formar precedentes com força persuasiva, cuja observância é a regra nas atividades institucionais.

Não há dúvidas de que uma decisão de um órgão Colegiado em juízo de revisão deve ser, em regra, observada pelo membro designado, mas essa vinculação é mais ética do que técnica. Isso significa que o membro designado, se discordar do conteúdo da decisão, deveria se dar por suspeito, valendo-se de uma espécie de objeção de consciência, a fim de que o múnus recaia sobre outro designado. No entanto, não se pode exigir esse comportamento se inexistir alguma causa de suspeição ou de impedimento, já que, salvo em ditaduras, a discordância técnica não pode ser confundida com recalcitrância ou ofensa pessoal.

Acrescente-se, ainda, que os mesmos motivos que levam a doutrina antes citada a não insistir na designação daquele membro que promoveu o arquivamento persistem naquele efetivamente designado. Ou seja: nada justifica a diferença de tratamento entre o autor do arquivamento e aquele que foi designado, pela simples razão de que a independência funcional não fica suspensa ou submetida a algum temperamento, além de incidirem igualmente as razões psicológicas que justificam a não designação do membro original[27].

Poder-se-ia questionar, ainda, se aqui não incidiria a teoria dos poderes

já indicaria a providência a ser adotada, atuando o membro apenas como uma espécie de psicógrafo funcional.

[27] Confira-se o que reconhece o próprio Mazzilli: "se o membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento já externou opinião de inviabilidade das investigações, entendimento esse que não se concilia sequer com a diligência pretendida, de toda conveniência pode ser a designação de outro membro da instituição para cumpri-las. Com efeito, aquele membro do Ministério Público que entendeu não existir nada a investigar pode não ser o agente mais indicado para iniciar uma investigação ou prosseguir naquela já encetada. Entretanto, nos casos em que essa incompatibilidade não seja manifesta, poder-se-á admitir que o mesmo membro cumpra a diligência determinada, desde que isso não viole sua convicção" (*O Inquérito*... ob.cit., p. 264; ainda p. 88/91). Em outra obra: "Sua manifestação já exarada, desfavorável à propositura da ação penal ou civil pública, pode desmerecer uma intervenção isenta na ação já proposta. Essa manifestação prévia poderá torná-lo, até de forma inadvertida, pessoalmente interessado na improcedência do pedido, que afinal iria dar-lhe razão. Há uma possibilidade, quase uma probabilidade concreta e efetiva, de o membro do Ministério Público, que foi favorável ao arquivamento do inquérito policial ou civil, não acompanhar a futura ação a ser proposta com isenção de ânimo e espírito desprevenido, como seria necessário a uma atuação moralmente imparcial. [...] Convém que, de um lado, seja preservada sua liberdade de convicção, para não ter de assumir a promoção de ação cuja inviabilidade antecipou, e de outro, seja preservado o interesse público em que oficie no processo quem não seja suspeito de ter interesse em contrariar a pretensão que ele próprio está formalmente defendendo" (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261/262).

implícitos, decorrendo do sistema de controle a cogência da designação. Primeiro, há que se remarcar que toda competência decorre do princípio da legalidade, não se podendo presumir a existência de qualquer comando que subverta regras normativas expressas. Em segundo lugar, a competência revisora é matéria infraconstitucional, enquanto a independência funcional é princípio institucional expresso na Constituição. Isto é: o que a Constituição prestigia é a independência funcional, que deve ser concretizada sem a ameaça de qualquer instância revisora que confunda reexame com hierarquia funcional[28]. O interessante é que o raciocínio que caminhe por uma análise da denominada teoria dos poderes implícitos para justificar a cogência da designação também serviria para justificar que o "sistema" transferiu a atribuição para o próprio Conselho, o que resolveria a controvérsia ora retratada, desde que o Conselheiro designado concordasse com a designação. Isso ilustra bem o desvio de perspectiva que se extra de tal raciocínio, que muito se aproximaria de uma conhecida sentença literária, configurando algo como "se o poder de revisão existe, então tudo é permitido".

O argumento de que a possibilidade de descumprimento consagraria o Promotor de Justiça como "revisor do revisor" possui força retórica, mas não subsiste a uma análise técnica, já que estamos falando de atribuições distintas, cada qual em sua esfera, não havendo qualquer ingerência do membro nas atividades do Conselho Superior.

Nesse ponto, concordamos com este entendimento doutrinário: "inexistindo delegação, mas, antes, verdadeira designação, não há como obrigar-se o Promotor de Justiça à propositura da ação civil pública. A figura da *longa manus* – questionável mesmo na seara processual penal – não tem, aqui, qualquer aplicação. Recusando a designação do Procurador-Geral de Justiça não estará o membro do Ministério Público, *data venia*, atuando como 'instância revisora' da decisão do Conselho, cuja existência, validade e, principalmente, eficácia não dependem da concordância do Promotor de Justiça designado. Como então garantir a 'continuidade do exercício da função institucional' consistente no ajuizamento da ação? Através da designação, após a recusa do Promotor Tabelar, de membro da Instituição merecedor da confiança do Procurador-Geral, na forma do art. 10, IX, f, da Lei 8625/93, [...] aplicável por interpretação extensiva. Tal designação, agora livre, poderá recair, inclusive, sobre Promotor de Justiça integrante de uma de suas assessorias [...], com o que se estará a garantir a eficácia prática da decisão do Conselho Superior"[29].

Note-se, porém, que mesmo enquadrando o tema corretamente, ainda assim há um inconformismo com a impossibilidade de nova designação vinculada, o que

[28] "Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios" (RE 468523, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-030, public 19-02-2010).
[29] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 746/748 (o trecho transcrito é de autoria de Rogério Pacheco Alves). Sobre a polêmica no âmbito do processo penal: GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 299/303.

faz com que novo contorcionismo argumentativo seja empreendido. Na realidade, a se acolher a sugestão transcrita no parágrafo anterior, na realidade estará sendo consagrada a atribuição do Procurador-Geral de Justiça, o que não encontra respaldo no sistema normativo e acaba se equiparando às consequências de quem defende que se trata de delegação. A solução ora alvitrada pode ser interessante *de lege ferenda*, mas não encontra justificativa na legislação de regência, simplesmente porque o Procurador-Geral de Justiça não detém a atribuição para tratar da matéria, salvo as hipóteses de atribuição originária.

Se a solução for transferir a atribuição para o Procurador-Geral, que se faça de modo claro e com respaldo legal, aplicando-se o dispositivo legal adequado da Lei 8625/93: "Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público".

Não há que se escamotear a situação por meio de subterfúgios retóricos ou tergiversações: se não se entender que a designação do membro do Ministério Público decorre de uma hierarquia administrativa, mas não funcional, chamemos as coisas pelos nomes corretos: haverá uma espécie de avocação, por meio da designação de outro membro para o exercício excepcional de uma atribuição específica, com anuência do Conselho Superior, desde que se considere que o princípio do Promotor Natural é matéria infraconstitucional[30].

Parece-nos, porém, que se deve ter em mente de modo muito claro que "a superioridade hierárquica do Procurador-Geral, Chefe do Ministério Público, cinge-se ao âmbito administrativo – regidos pelos princípios gerais que disciplinam essa seara – não guardando qualquer similitude com uma aberrante hierarquia funcional. Fosse outra a conclusão, violado seria o texto constitucional, pois independência e hierarquia não podem ocupar um único plano existencial: enquanto a primeira afasta a intervenção superior, a segunda a atrai, o que justifica a dicotomia de tratamento dispensada às esferas funcional e administrativa"[31].

Inexiste, pois, a propalada vinculatividade entre a decisão do Conselho Superior e a atuação finalística do Promotor de Justiça designado, ao menos nos moldes normativos vigentes.

Aplica-se à perfeição o entendimento doutrinário a seguir transcrito, com muito mais razão para o tema que ora nos ocupa:

"Uma coisa é dizer que o Procurador-Geral de Justiça, aplicando o princípio da hierarquia, pode delegar o exercício de uma atividade administrativa a outro membro

[30] GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 304.
[31] GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142.

da Instituição, o qual deve necessariamente observar os limites fixados no ato de delegação. Coisa diversa é afirmar que o Procurador-Geral, além de expedir o ato de designação, que consubstancia o exercício de atividade nitidamente administrativa, pode dizer como se dará o próprio exercício funcional. Com a devida vênia daqueles que sustentam posição diversa, esse entendimento leva o instituto da delegação a searas que em muito extrapolam seu âmbito de incidência. Não nos impressiona a tese de que o designado, apesar de exercer uma atividade finalística inerente ao Ministério Público, não age em nome próprio, mas como *longa manus* do Procurador-Geral. Como conciliar essa assertiva com o princípio da independência funcional? Ter-se-á mera delegação administrativa na hipótese de o membro do Ministério Público ser instado a elaborar uma denúncia, imputando uma infração penal a outrem, apesar de, contrariamente à *opinio* do Procurador-Geral, não ter divisado a prática de qualquer ilícito ao proceder à leitura do procedimento inquisitorial? Como realizar uma narrativa, descrevendo a prática de uma infração penal, sem localizar qualquer suporte fático apto a justificá-la? Alguém atribuiria ares de normalidade a um acórdão que, após visualizar a prática de um crime, terminasse por determinar ao juiz monocrático que realizasse a respectiva fundamentação e fixasse a pena que se afigurasse mais justa ao caso? Essa questão seria situada no plano meramente administrativo? Do mesmo modo, seria sustentável que a presença do suporte fático mínimo, necessário ao oferecimento da denúncia, teria sido identificada pelo Procurador-Geral, cabendo ao designado a singela conduta de descrever os fatos e oferecer a denúncia? Por mais que nos esforcemos, não conseguimos alcançar uma resposta afirmativa para os questionamentos acima formulados. A preservação da harmonia do sistema exige que os respectivos princípios de regência sejam compatibilizados de forma a que não se termine por prestigiar um deles em detrimento do outro. Nessa linha, entendemos que o princípio da unidade será resguardado em sendo assegurado o poder de designação do Procurador-Geral e o imperativo exercício funcional por parte do designado. O princípio da independência funcional, por sua vez, será observado em sendo assegurado ao designado o livre exercício funcional. Releva notar que os possíveis inconvenientes de ordem prática que esse entendimento pode gerar (*v.g.*: Procurador-Geral entende que a hipótese exige o oferecimento de denúncia e o designado volta a insistir no arquivamento) não podem legitimar a inobservância de um princípio de ordem constitucional[32]. [...]Em nosso modesto entendimento, parece

[32] "Há quem visualize, na hipótese, uma colisão entre os princípios constitucionais da unidade e da independência funcional, o que decorreria da simultânea incidência de ambos sobre o mesmo fato e legitimaria, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, a limitação de um deles para a salvaguarda do outro. Como o Promotor de Justiça atua por delegação do Procurador-Geral, sua independência funcional não será violada, devendo prevalecer o princípio da unidade (Cf. Carlos Roberto de Castro Jatahy, Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2004, p. 199). O argumento de colisão entre os referidos princípios, não obstante a criatividade declinada em sua estruturação, apresenta, com a vênia devida, dois vícios: um de natureza contextual e outro de ordem metodológica. O vício de natureza contextual deriva da clara incompatibilidade entre a conclusão e as premissas que tencionam sustentá-la, pois a individualização do problema é nitidamente dissociada da teoria dos princípios ao se sustentar que a prevalência do princípio da unidade decorre do fato de o Promotor designado atuar como mero delegatário, logo, "não está tendo a sua independência funcional violada". Ora, se a questão é integralmente contextualizada no âmbito do princípio da unidade

claro que o princípio da hierarquia rege a atividade administrativa, enquanto o da independência funcional norteia, com escusas pela tautologia, o exercício funcional. Inexistindo hierarquia no âmbito funcional, o designado, não obstante obrigado a atuar, o fará da forma que melhor lhe aprouver. *In casu*, realizada a designação, cessa a hierarquia administrativa e principia a independência funcional"[33].

Ou seja: ainda que o membro designado discorde da decisão do Conselho por questões fáticas (exemplo: prova insuficiente) e/ou jurídicas (exemplos: contagem de prazo prescricional ou não caracterização técnica de algum ilícito), não está obrigado a ajuizar a ação civil pública. Se se tratar de cumprimento de diligência específica apontada pelo Conselho Superior, há que se entender que, nesse caso específico, estaríamos diante de uma espécie de carta precatória ou de ordem[34].

Outro ponto interessante está em saber se a manifestação contrária do designado significa esgotamento do assunto ou se a matéria é devolvida para o Conselho Superior, a fim de que, considerando-se haver "novo" arquivamento, possa deliberar a respeito e, caso entenda ser caso de insistir na decisão, nova designação seja indicada, até que haja uma coincidência volitiva entre designante e designado. Parece-nos que, por mais sedutora pareça a tese, haverá no ponto o mesmo equívoco indicado anteriormente, no sentido de tentar driblar a sistemática legal para fazer valer uma ideia pessoal. A absoluta revisibilidade do inquérito civil, até que se encontre um designado que cumpra o decidido pelo Conselho, é um modo oblíquo de conferir uma cogência não prevista em lei.

Registre-se, por fim, que a inexistência de uma alternativa que torne vinculativa a decisão do Conselho nos parece decorrer do sistema vigente, mas isso não significa que com isso concordamos doutrinariamente. Não há dúvidas de

---

e a possível mácula ao princípio da independência funcional é, *a priori*, afastada, onde estaria a colisão? No que diz respeito ao vício de ordem metodológica, ele deriva da pretensão de se solucionar uma colisão entre princípios (se houvesse colisão) com abstração das circunstâncias fáticas e jurídicas do *caso concreto*, pois, segundo o mencionado argumento, o princípio da unidade, no caso de incidência do art. 28 do CPP, sempre prevaleceria, independentemente das peculiaridades do caso. Essa conclusão, à evidência, não se compatibiliza com os inúmeros estudos já desenvolvidos no âmbito da teoria dos princípios. Como dissemos, tanto o princípio da unidade como o da independência funcional incidirão na espécie, mas de modo subsequente, não concomitante: o princípio da unidade cessa com a revisão do arquivamento e com a realização da designação, a partir daí principia a independência funcional. Salvo em situações excepcionais, que só o dia-a-dia indicará com precisão, não se pode falar em colisão quando a esfera de incidência dos princípios é distinta, um voltado à seara administrativa e outro à funcional. Ademais, em prevalecendo o entendimento ora contestado, ter-se-ia uma verdadeira subversão do sistema, pois ele não ficaria adstrito à aplicação do art. 28 do CPP, podendo vir a alcançar qualquer seara da atuação funcional. Quanto a essa última observação, não é demais lembrar que não é a literalidade da regra do art. 28 do CPP que permitiria a invocação do princípio da unidade – recepcionando a tese de que a sua incidência é excepcional – pois os princípios, numa vertente pós-positivista, têm carga normativa própria, incidindo autonomamente ou em conjunto com as regras, sendo ambos espécies do gênero norma. Abrir-se-iam, assim, as portas para a incidência do princípio da unidade em searas que lhe são estranhas e este, tal qual "um peixe fora d'água", poderia ou "morrer" de imediato ou transformar-se numa criatura amorfa que devoraria todas as demais à sua volta".

[33] GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 300/303 (a nota anterior, como revelam as aspas, também é transcrição da referida obra, especificamente da nota 358, p. 301/302).

[34] Nesse sentido, Motauri de Souza. ob. cit., p. 210.

que, tecnicamente, seria melhor haver outra solução legal, mas, como dissemos ao longo de todo o parecer, não nos parece que uma opinião pessoal deve sobrepujar o balizamento constitucional e legal da matéria.

Analisemos agora, objetivamente, os trechos do voto do Relator que foram destacados no item 2:

a) "ao contrário das hipóteses de impedimento e suspeição, a designação de outro membro para oficiar em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada, possui caráter objetivo e impessoal, sendo irreversível"; Corretíssimo o ponto de vista, mas apenas deve ser acrescentado que qualquer designação deve ser impessoal, objetiva e sempre sob a cláusula *rebus sic stantibus*, já que pode haver causas supervenientes que ensejam nova designação.

b) "o órgão de execução no qual tramita determinado procedimento administrativo não pode flutuar de acordo com o membro que dele seja titular"; Concordamos em termos. Pense-se, por exemplo, se aquele membro que promoveu o arquivamento se remove para o órgão que passou a ser designado para o prosseguimento do inquérito civil. Há que se ponderar que as causas de suspeição são subjetivas, mas também há causas de impedimento que são atreladas ao membro e que podem macular a atuação em caso de remoção.

c) "nas hipóteses de impedimentos pessoais, o procedimento é automaticamente enviado ao Promotor de Justiça tabelar, sem a necessidade de intervenção da administração, muito menos de ato de designação do Procurador-Geral"; Há inclusive Resolução do Procurador-Geral nesse sentido: GPGJ nº 1876/13.

d) "situação bem diversa ocorre quando a promoção de arquivamento não é homologada pelo Conselho Superior, uma vez que o impedimento aí decorrente é de natureza funcional, vale dizer, decorre de um ato praticado pelo membro do Ministério Público que oficiou nos autos, a exigir a intervenção da administração para a designação de outro órgão do Ministério Público, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei 7.347/85"; Perfeito o raciocínio, com a ressalva do que foi dito no comentário à alínea *b*.

e) "não é possível fazer qualquer paralelo com a não manutenção de arquivamento em inquérito policial, eis que, neste caso, tratar-se-á de ato de delegação de atribuição do Procurador-Geral, o que inexiste quando o Conselho Superior deixa de homologar a promoção de arquivamento, seja para o prosseguimento das diligências, seja para o ajuizamento de ação civil pública, uma vez que o Conselho não possui tais atribuições para que delas possa delegar"; Essa percepção é fundamental e raramente encontrada na doutrina.

f) "importante destacar que tais princípios constituem garantias funcionais do Membro do Ministério Público, jamais garantias pessoais, de modo que a designação de promotor de justiça desimpedido para prosseguir oficiando em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento não tenha sido homologada pelo

Conselho Superior, não é de caráter pessoal, mas funcional, de modo que, mesmo querendo, o Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento não poderá prosseguir oficiando nos autos"; Igualmente de acordo com a sistemática vigente.

g) "a designação do promotor de Justiça desimpedido para oficiar em inquérito civil cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada pelo Conselho Superior está prevista em Lei e devidamente regulamentada em Resolução administrativa, não sendo possível que a remoção do promotor de Justiça de origem afete a atribuição do que foi designado, sendo este e não mais aquele o *promotor natural*"; Concordamos em termos, desde que persista a ausência de impedimento ou suspeição do designado.

h) "o fato é que, uma vez deslocada a atribuição para oficiar no inquérito civil em razão da não homologação de arquivamento, esta é uma via sem volta, como única forma de preservar a independência funcional e o princípio do promotor natural"; Em termos, como já assinalado.

i) "a restituição dos autos à promotoria de origem somente teria lugar se houvesse resolução do Procurador-Geral prévia no sentido que a designação se daria em caráter precário, cessando tão logo cessasse a causa que a motivou"; Dispõe em sentido contrário o artigo 12 da mencionada Resolução que disciplina o tabelamento entre órgãos de execução.

j) "não é difícil imaginar que tal instabilidade possa gerar graves prejuízos à instrução do procedimento, em razão da inexistência de um promotor de justiça efetivamente responsável por sua condução, enquanto o inquérito flutua de uma promotoria para a outra, num vai e vem sem sentido". Essa instabilidade nos parece tão indesejável quanto inerente à mobilidade dos membros do Ministério Público.

6. Prova emprestada

Resta examinar, ainda que brevemente, o item 1 do Processo MPRJ nº 2014.00546252, sobre a utilização em inquérito civil de prova emprestada oriunda da quebra de sigilo em inquéritos policiais e ações penais.

Inicialmente, cumpre considerar que a prova emprestada consiste no transporte, ou seja, no aproveitamento de uma atividade probatória anteriormente desenvolvida em outro procedimento[35]**.** Embora ainda grasse viva controvérsia acerca da possibilidade de se emprestarem as provas orais, costuma-se apontar como requisitos de eficácia das provas emprestadas: a) mesma eficácia do processo em que foi colhida; b) sua eficácia e a aproveitabilidade estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; c) eficácia simétrica à da prova produzida mediante precatória; d) devem ser observadas as normas atinentes à prova documental, para materialização da prova emprestada; e) efetivo contraditório, com a parte contra a

[35] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 91, RT, p. 92, Jul / 1998.

qual a prova será utilizada tendo figurado no processo originário[36].

Especificamente sobre a utilização de prova produzida por quebra de sigilo, é insuperável a síntese elaborada por Eduardo Talamini, por isso a longa transcrição:

"As partes do processo que tramita sob segredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo de prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue contra terceiro - quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório. Resta a hipótese do empréstimo de prova do processo de publicidade restrita para outro envolvendo exatamente as mesmas partes. Põem-se duas alternativas: a) constata-se que, embora integrante de processo que tramita sob segredo da Justiça, a prova não implica a necessidade de sigilo - trasladando-se-a, simplesmente; b) ou, não sendo assim, passa a vigorar a publicidade restrita às partes e seus procuradores também no processo para o qual a prova é emprestada. Neste último caso, o empréstimo não será possível se o segundo processo envolver, como litisconsorte ou assistente de qualquer das partes, alguém que seja terceiro em relação ao primeiro processo - a não ser que o segredo da Justiça esteja tutelando exclusivamente interesse da própria parte que pleiteia o empréstimo, a qual, assim, concorda em estender o conhecimento da matéria sigilosa aos participantes do segundo feito. A Constituição autoriza excepcionalmente a colheita de provas mediante interceptação de comunicações previamente autorizada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5.º, XII, parte final). A Lei 9.296/96 disciplinou o tema, fixando os pressupostos da interceptação e restringindo-a à investigação ou comprovação de fatos que constituam crimes puníveis com reclusão (art. 2.º). Indaga-se da possibilidade de, autorizada a interceptação em determinado processo penal, emprestar-se para outro processo a prova obtida através dela. Na doutrina, há quem já tenha admitido tal empréstimo - inclusive para processo civil, no qual o Juiz jamais poderia diretamente autorizar a interceptação telefônica. Barbosa Moreira resume os argumentos essenciais contra e a favor do empréstimo, nos seguintes termos: "(...) pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas, por outro lado, talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...". Não cabe, aqui, examinar o acerto da opção política do Constituinte ao restringir drasticamente o emprego das provas ilícitas e das hipóteses de autorização de interceptações - mas, apenas, precisar o conteúdo da disciplina estabelecida no ordenamento. A definição da questão exige que se considere o regime que a Lei 9.296, de 1996, conferiu às interceptações autorizadas. É nos estritos limites deste diploma que opera a exceção à garantia da inviolabilidade das comunicações. Tanto é assim

[36] Cf. DIDER JR., BRAGA e OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 48.

que, antes, o STF havia negado validade a interceptações telefônicas, mesmo quando autorizadas pelo Juiz em processo penal, por reputar que a parte final do art. 5.º, XII, da CF/1988 (LGL\1988\3) dependia de regulamentação legislativa. O parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.296, de 1996, impõe que, "em qualquer hipótese", seja "descrita com clareza a situação objeto da investigação". E, nos termos do art. 9.º, toda a gravação que não interessar à prova de tal situação "será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada". É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao Juiz quando se requer a interceptação - ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis - não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova. [...] Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova - radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão. Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo. A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios polos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais dentre eles são os mais "urgentes e fundamentais" no caso concreto. Por isso, não se descarta em termos absolutos a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do traslado destinar-se-á a evitar resultados desarrazoados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em muitos casos, se justificará o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada"[37].

Sobre o tema, assim vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

"Em vista das reconhecidas da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada

[37] Ob. cit., itens 9 e 12.

não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo" (EREsp 617428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

"1. Respeitados o contraditório e a ampla defesa, faz-se possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada de inquérito policial, devidamente autorizada por autoridade judicial.

2. O simples fato de as interceptações telefônicas serem provenientes de inquérito policial não as desqualificam como meio probatório na esfera administrativa, notadamente se o servidor indiciado teve acesso, no processo disciplinar, às transcrições dos diálogos e às próprias gravações, e sobre elas tenha sido possível sua manifestação.

3. Firmou-se, nesta Corte, o entendimento de que a Lei n. 9.296/1996 não contempla determinação no sentido de que os diálogos captados nas interceptações telefônicas devem ser integralmente transcritos, ou de que as gravações devem ser submetidas à perícia, razão pela qual a ausência dessas providências não configura nulidade.

4. Nos termos do art. 156, § § 1º e 2º, da Lei n. 8.112/1990, é admissível o indeferimento, pelo Presidente da Comissão, de prova requisitada pela defesa, desde, é claro, que a negativa seja devidamente motivada. Na espécie, ao contrário do que alega o impetrante, o pedido de realização de perícia foi negado com suficiente e adequada motivação.

5. Conquanto afirme que a Comissão desbordou dos limites impostos pela autoridade judicial relativamente ao manejo da prova compartilhada, o impetrante não indicou o prejuízo efetivamente causado à sua defesa, o que inviabiliza seja levado em consideração esse argumento, consoante o princípio *pas de nullité sans grief*.

6. Caso em que a sanção administrativa não foi imposta com base unicamente em escutas telefônicas, estando amparada, também, em farta prova testemunhal.

7. Segurança denegada".(MS 14.501/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 08/04/2014).

"Na forma da jurisprudência, "é cabível a chamada 'prova emprestada' no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal" (STJ, MS 13.099/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 24/02/2012). No caso, (a) o Juízo Criminal autorizou, expressamente, a remessa dos dados sigilosos à Comissão Disciplinar; (b) foi aberta vista, ao advogado da impetrante, dos documentos oriundos da Ação Penal; e (c) a impetrante, sem apresentar justificativas, deixou de comparecer ao seu segundo interrogatório, em

26/10/2006, designado para apresentar esclarecimentos sobre tais documentos, motivos pelos quais não há nulidade no processo disciplinar, pelo uso da "prova emprestada" ou por cerceamento de defesa.

V. Segurança denegada". (MS 13.179/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 01/08/2014).

"1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar, mas desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração. Precedentes.

2. Na espécie, o uso da prova produzida nos autos do procedimento criminal no processo administrativo perante a Corte de Contas foi devidamente autorizado, ressaltando-se, inclusive, a determinação judicial de restrição da publicidade, daí porque não há falar em ilegalidade do compartilhamento das provas.

3. A utilização da prova emprestada pelo Tribunal de Contas só será válida se o processo administrativo lá desenvolvido observar as garantias do devido processo legal. Assim, não há prejuízo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no RMS 43.329/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 21/10/2013).

"Essa Corte Superior tem firme entendimento de que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo disciplinar, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa como ocorrido nos autos. Nesse sentido, confiram-se: MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 24/5/2011; MS 15.825/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/05/2011; MS 17.534/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20/03/2014; e 14.501/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 08/04/2014" (MS 15.907/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 20/05/2014).

"A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente" (HC 203405/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011).

"Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública por improbidade administrativa. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prova emprestada da esfera penal. Ausência de juntada na contestação. Prova cuja ciência o demandado tinha muito tempo antes da apresentação da sua defesa. Preclusão. Art. 300, 396 e 397 do CPC. Prova não submetida ao contraditório

e à ampla defesa. Invalidade. Precedentes STJ. Inversão do julgado, impossibilidade. Incidência do verbete sumular 7/STJ. Agravo não provido.

1. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Embora se admita no âmbito das ações por improbidade administrativa a juntada de prova emprestada da seara criminal, essa modalidade probatória não está imune aos efeitos da preclusão (CPC, arts. 396 e 397).

3. Na espécie, a decisão criminal transitou em julgado mais de um ano antes do prazo para a apresentação da contestação pelo demandado.

4. Prova emprestada que, além de preclusa, não foi submetida, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ao contraditório e à ampla defesa, condições sem as quais não ostenta nenhum efeito probante. Precedentes STJ.

5. A inversão desse juízo demandaria, necessariamente, novo escrutínio do acervo probatório dos autos, providência que não se mostra possível na via especial por força do enunciado sumular 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido."(AgRg no AREsp 296.593/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014)

Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória. Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares" (REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011).

"A jurisprudência do STJ é firme pela licitude da utilização de prova emprestada, colhida na esfera penal, nas ações de improbidade administrativa"(REsp 1297021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

E no Supremo Tribunal Federal há os julgados abaixo, mas o tema ainda não está pacificado naquela Corte:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova.

Admissibilidade. Resposta afirmativa à questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. (Pet 3683 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 – public. 20-02-2009).

"Questão de ordem. Inquérito policial. Supervisão do Supremo Tribunal Federal. Pedido veiculado pelo conselho de ética e decoro parlamentar da Câmara dos Deputados: compartilhamento das informações. Finalidade: apurações de cunho disciplinar. Presença de dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada. Prova emprestada. Admissibilidade. Juízo de proporcionalidade (inciso XII do art. 5º e § 2º do art. 55 da CF/88). Precedentes. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas" (Inq 2725 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, public. 26-09-2008).

Com esses subsídios doutrinários e jurisprudenciais, esperamos haver contribuído com o egrégio Conselho Superior do Ministério Público para a formação dos entendimentos cabíveis nos casos sob sua atribuição.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2014.

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça
Assessor de Assuntos Institucionais

Parecer ministerial em processo judicial. Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº 6.067, de 25 de outubro de 2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da Administração indireta do Estado do Rio de Janeiro.

Veronica C. R. Antunes Zylberman*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Representação por Inconstitucionalidade

Relator: Desembargador Sidney Hartung

Representante: Exmo. Sr. Deputado Estadual Flavio Nantes Bolsonaro

Representada: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Processo n.: 0059568-59.2011.8.19.0000

Parecer do Ministério Público

Direito Constitucional. Representação por Inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei Estadual 6067/2011, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da administração indireta do Estado do Rio de Janeiro.

Ausência de qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia, visto que a igualdade nem sempre implica em tratamento formalmente igualitário; muitas vezes ela pressupõe justamente o reconhecimento de diferenças. A Lei 6067/2011 volta-se justamente ao alcance da igualdade material, implementando ação afirmativa em favor de negros e índios no que toca à sua participação em concursos públicos. Legislação que estabelece tratamento diferenciado como forma de minimizar a desigualdade decorrente de uma discriminação histórica sofrida por populações afrodescendentes e indígenas, ostentando legítimo objetivo voltado à própria promoção da igualdade em seu sentido material.

Improcedência da Representação.

* Promotor de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade tendo por objeto a Lei Estadual nº 6067/2011, que dispõe sobre a *"reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do poder executivo e das entidades de administração indireta do Estado do Rio de Janeiro"*.

Como fundamento de seu pleito declaratório, alega o Representante, em síntese, que o diploma em questão viola o princípio da igualdade, previsto em sede constitucional. Salienta que o parágrafo 1º do art. 9º da Constituição Fluminense determina que ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de etnia, raça ou cor. Ressalta, ainda, que o parágrafo 3º do mesmo dispositivo constitucional veda a estipulação de diferenças salariais e critérios de admissão discriminatórios em função de etnia, raça ou cor. Defende que a legislação em tela viabiliza manifesta discriminação entre os candidatos em concurso público. Alega que o diploma em tela também viola os princípios da impessoalidade, do mérito e do interesse coletivo. Argumenta que a norma em referência viola a meritocracia que deve prevalecer entre os candidatos no processo de seleção. Também ressalta a dificuldade em se determinar a raça do candidato, visto que a população brasileira é formada por sangue de índios, brancos e negros. Por fim, defende a inconstitucionalidade do diploma legal indicado na inicial.

Decisão às fls. 56/57 indeferindo o provimento liminar.

Manifestação do Exmo. Sr. Governador do Estado às fls. 59/70 salientando que a Lei 6067/2011 veicula programa de ação afirmativa voltado à concretização do ideal de igualdade material no que toca ao acesso ao mercado de trabalho, visto que a desigualdade racial impede a efetiva igualdade de oportunidades na disputa por uma vaga no serviço público. Defende que a ação afirmativa é um verdadeiro imperativo da Constituição e busca reparar a desigualdade em sua perspectiva histórica. Ainda, salienta que a cláusula genérica de proibição de discriminação contida no art. 9º da Constituição Estadual não impede que se adotem mecanismos voltados a remediar discriminações pretéritas sofridas por grupos afrodescendentes e indígenas.

Inconformado com a decisão de fls. 56/57, o Representante interpôs Agravo Regimental que foi desprovido conforme v. acórdão de fls. 89/92.

O órgão legislativo representado apresentou informações às fls. 104/116 alegando que o objetivo da norma em exame é reduzir a desigualdade existente entre negros e índios e o restante da população do Estado. Alega que a lei impugnada consagra importante mecanismo para concretizar o ideal de uma sociedade mais justa. Alega que o Representante realiza interpretação meramente literal do princípio da igualdade, desconsiderando que a ação afirmativa, em essência, concretiza a verdadeira igualdade.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Data venia, não assiste razão ao Representante. Vejamos.

A Lei 6067/2011/2012, impugnada através da presente, dispõe sobre a *"reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do poder executivo e das entidades de administração indireta do Estado do Rio de Janeiro"*.

Argumenta o Representante que o diploma em tela viola o princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Carta Magna e reproduzido no art. 9º, *caput* e parágrafo 1º da Carta Constitucional Estadual.

Como de conhecimento, o ideário da igualdade vem sendo perseguido pela humanidade há muito tempo, sendo o seu alcance objetivo premente nas ordens constitucionais contemporâneas. De fato, a igualdade sempre foi buscada e identificada com a ideia da própria justiça, como um valor de extrema relevância social. Hoje, ao coibir privilégios e favorecimentos injustificados, a igualdade revela-se, ainda, um poderoso instrumento da democracia e do pluralismo.

Do exame do art. 5º da Carta Política, e também do art. 9º *caput* e parágrafo 1º da Carta Fluminense, percebe-se que o direito à igualdade não foi disciplinado de forma rígida no texto constitucional, sendo tratado pelo constituinte como um valor que permeia todo o sistema dos direitos fundamentais. A ausência de rigidez em se tratando de valor extremamente complexo e significativo mostra-se indispensável na medida em que permite flexibilização e uma maior proximidade com a realidade social, a ser aferida no momento da edição, aplicação e interpretação das leis

Neste ponto, deve-se alertar para o fato de que o princípio da igualdade nem sempre implica em tratamento igualitário; muitas vezes, ele pressupõe justamente o reconhecimento de diferenças. Neste momento, quando se precisa recorrer ao reconhecimento de diferenças, é que entra em cena o princípio da proporcionalidade, como instrumental para justificação e aferição da legitimidade da diferenciação que se deve fazer para promover a verdadeira isonomia, em respeito às peculiaridades de dada situação concreta. O princípio da proporcionalidade funciona, assim, como instrumento de controle do tratamento igual e do tratamento desigual dispensado a determinada situação.

A diferenciação eleita pelo legislador, ou pelo aplicador do Direito, deve voltar-se para o alcance da "igualdade no caso concreto", da "realização prática" da igualdade.

Na hipótese vertente, a Lei 6067/2011 volta-se justamente ao alcance da igualdade material, implementando ação afirmativa em favor de negros e índios no que toca à sua participação em concursos públicos.

A legislação impugnada estabelece tratamento diferenciado como forma de minimizar a desigualdade decorrente de uma discriminação histórica sofrida por populações afrodescendentes e indígenas.

Vale dizer, a norma em referência ostenta objetivo legítimo, voltado à própria promoção da igualdade em seu sentido material e social. Frise-se, o fator de diferenciação estabelecido na norma se presta a uma finalidade abraçada pelo direito, qual seja, a própria implementação prática da igualdade.

Neste ponto, colacionamos a lição de **Alexandre de Moraes**:

> "O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.
>
> A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.
>
> Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado"[1].

Ou seja, deve-se examinar a existência de uma *igualdade proporcional* na situação criada com o tratamento diferenciado imposto pela norma, sendo oportuno frisar que a Lei 6067/2011 apresenta objetivo absolutamente pertinente e justificado no que toca à necessidade de reparação da discriminação histórica sofrida pelas populações afrodescendentes e indígenas.

De fato, o momento contemporâneo impõe que a igualdade seja pensada e almejada levando-se em conta o respeito irrestrito à diversidade, pois, como já salientado, muitas vezes a isonomia se revela justamente no tratamento desigual,

[1] "Direito Constitucional", São Paulo: Editora Atlas S.A., 7ª edição.

ou seja, no reconhecimento expresso da diferença. Nesta perspectiva, colacionamos o seguinte magistério:

> "Exatamente porque o termo identidade e igualdade não são sinônimos, a discriminação não é necessariamente atentatória da igualdade. Discriminar significa diferenciar, a diferença é termo que se liga, como antônimo, à identidade (e não à igualdade). A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade. Tendo em vista toda a minha argumentação desenvolvida ao longo do livro, creio que a discriminação pode ser legitimamente entendida como um critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas"[2].

Ademais, é importante notar que o constituinte de 1988, atento às novas exigências da igualdade, atreladas ao reconhecimento da diferença, fez constar no texto constitucional capítulos dedicados a grupos específicos, como aqueles que tratam dos direitos da criança e do adolescente, do idoso e do índio. A Carta de 1988 traz um exemplo típico de especificação como forma de reconhecimento da diferença e alcance da igualdade material.

Neste cenário, a ação afirmativa surge como mecanismo de política compensatória, que busca acelerar a efetiva igualdade no plano material.

De fato, para garantia da verdadeira igualdade não basta apenas a proibição da discriminação mediante legislação repressiva; é indispensável a implementação de políticas compensatórias.

Nesta linha de combate à discriminação e de busca pela inclusão social, surge como poderoso mecanismo a chamada ação afirmativa *(affirmative action)* oriunda da tradição norte-americana, que mantém íntima relação com o princípio da igualdade em sua vertente material.

O desenvolvimento das ações afirmativas, como implementado através da Lei 6067/2011, foi impulsionado pelo sentimento de que a simples garantia da igualdade nos textos solenes e Constituições não promove, por si só, a igualdade social daqueles considerados cultural e historicamente desiguais e excluídos.

Verifica-se, pois, uma mudança significativa na matiz dada ao princípio da igualdade, que passou de um conceito negativo de vedação de condutas

[2] Marcelo Campos Galuppo. "*Igualdade e Diferença:* Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas", Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

discriminatórias para um aspecto positivo de condutas promotoras da igualdade material.

Mais uma vez, destacamos que o constituinte de 1988 inseriu no texto da Carta Política dois dispositivos que concretizam a chamada ação afirmativa, ao proteger o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) e determinar a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII). Vê-se, portanto, que o constituinte pátrio preocupou-se com o alcance da igualdade de fato.

Desta forma, *data venia*, não vislumbramos do diploma legal impugnado qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ao revés, a legislação em tela veicula ação afirmativa implementando a vertente mais democrática e contemporânea do princípio da igualdade que hoje impõe uma obrigação política positiva por parte do Poder Público em busca de uma efetiva mudança social.

III - CONCLUSÃO

Isto posto, o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO é no sentido da improcedência do pedido, com a declaração de constitucionalidade da Lei Estadual n. 6067/2011.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais

• • •

Contestação apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em ação rescisória da decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência, fundada nos incisos IV e V do art. 485 do Código de Processo Civil.

Ertulei Laureano Matos*

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA DD. RELATOR DA AÇÃO RESCISÓRIA n. 0056315-58.2014.8.19.0000 TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ÓRGÃO ESPECIAL

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, tendo sido citado para responder aos termos da Ação Rescisória em epígrafe, ajuizada por **NEIDIMAR MACHADO DE SOUZA** e **RALPH KENZEN LEITE** perante o E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça, vem apresentar a sua

CONTESTAÇÃO

na forma do art. 491 do Código de Processo Civil, aduzindo os seguintes fundamentos de fato e de direito:

I - DA TEMPESTIVIDADE

De plano, impende ressaltar a tempestividade da presente manifestação processual. É que, segundo a disciplina do art. 491 do CPC e nos termos do mandado de citação encartado às fls. 19, restou concedido o **prazo de 15 dias** para a apresentação da resposta.

Ademais, assiste ao *Parquet* a prerrogativa do **prazo em quádruplo para contestar** (art. 188 CPC), sendo evidente a tempestividade da presente resposta, visto que o mandado de citação foi juntado aos autos eletrônicos em 13 de novembro do corrente ano.

* Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais, em exercício.

II - DOS ANTECEDENTES DA QUESTÃO - A DEMANDA PRIMITIVA

O Órgão do Ministério Público dotado de atribuição ajuizou a competente ação civil pública por improbidade administrativa em virtude da utilização de bem público (veículos de propriedade da Câmara de Vereadores) para fins particulares e atividades alheias aos serviços típicos da Casa Legislativa.

A ação foi proposta em face dos Réus Derli Maia Macedo, Antonio Machado Brum, Anizio Camacho, Ildo Gonçalves da Silva, Ralph Kezen Leite, José Rodrigues Fernandes Filho, Neidimar Machado de Souza, João Batista de Moura Silva, Mirabell Souza Malafaia, Carlos Campos Magalhães, Jair Pereira de Barros, José Theóphilo Correa, Juscelino Cruz de Araujo, Luiz Antonio Soares da Silva, João Marcos Moreira e Nélia Reis Mulin e tramitou junto ao Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Pádua (Processo n. 0000507-30.2005.8.19.0050).

A sentença absolveu os Réus Luiz Antonio Soares da Silva, João Marcos Moreira e Nélia Reis Mulin. Os demais Réus, vereadores, foram condenados à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por cinco anos, ao pagamento de multa civil de dez vezes o valor da remuneração percebido pelo agente na época dos fatos e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica de que seja sócio majoritário pelo prazo de cinco anos.

Inconformados, o Órgão Ministerial e os Réus condenados interpuseram Recurso de Apelação. Os Recursos foram apreciados pela E. 17ª Câmara Cível, que reformou em parte a sentença para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios e condenar os réus ao ressarcimento do dano causado ao Erário a ser apurado em liquidação (fls. 10/13 – Anexo I). Opostos Embargos de Declaração foram os mesmos conhecidos e rejeitados (fls. 14/17 – Anexo I).

Na sequência, os Réus interpuseram Recursos Especial e Extraordinário, que foram inadmitidos pela Terceira Vice-Presidência deste E. Tribunal (fls. 05 – Anexo I).

Segundo o andamento processual constante na página eletrônica deste E. Tribunal, os Réus interpuseram Agravo sendo o respectivo Recurso encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação. No sítio eletrônico também consta informação sobre a existência de Recurso pendente de julgamento e a baixa do feito originário à Comarca de Santo Antônio de Pádua.

III - DA SÍNTESE DA LIDE RESCISÓRIA

Irresignados, Neidimar Machado de Souza e Ralph Kenzen Leite ajuizaram a presente ação rescisória com fulcro nos incisos IV e V do art. 485 do Código de Processo Civil, buscando *"anular o julgamento monocrático pela 3ª Vice-Presidência em deixar de conhecer os recursos pela ausência de representação processual, assim como, concedendo-lhe o prazo legal para a devida retificação processual"*.

Como suporte de seu pleito de rescisão alegam os demandantes que

a decisão da Terceira Vice-Presidência que inadmitiu os Recursos Especial e Extraordinário viola o disposto no art. 37 do CPC e também a disciplina do art. 5º, parágrafo 1º da Lei 8906/94. Alegam que segundo a disciplina dos referidos dispositivos legais o advogado pode atuar sem procuração, em caso de urgência, desde que apresente o respectivo instrumento no prazo de 15 dias após a prática do ato. Defendem que a referida decisão, ao deixar de receber os Recursos em função de ausência de representação processual, violou diretamente os dispositivos em tela o que renderia ensejo à sua rescisão com fulcro no art. 485, V do CPC. Ao final, pugnam pela procedência do pedido invocando os incisos IV e V do art. 485 do Estatuto Processual e apontando a decisão da Terceira Vice-Presidência como alvo da pretensão rescindenda.

IV - DA INSUBSISTÊNCIA DOS ARGUMENTOS EM QUE SE FUNDAMENTA O PEDIDO DE RESCISÃO

A) DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Data venia, a inicial da presente rescisória é manifestamente inepta. Vejamos.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara, eminente Desembargador e processualista, a ação rescisória pode ser definida como uma "*demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejulgamento da matéria neles apreciada*"[1].

Ocorre que, *in casu*, a presente rescisória não foi ajuizada com vistas à desconstituição de provimento meritório, mas sim em relação a *decisum* proferido pela Terceira Vice-Presidência que simplesmente deixou de receber os Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelos interessados.

Note-se que a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Pádua foi reformada em parte pelo v. acórdão proferido pela 17ª Câmara Cível, que condenou os Réus ao ressarcimento do dano causado ao Erário a ser apurado em liquidação.

Vale dizer, a decisão meritória, que eventualmente poderia ser objeto de rescisão, é o acórdão proferido pela E. 17ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível n. 0000507-30.2005.8.19.0050, e não o despacho da Terceira Vice-Presidência que simplesmente inadmitiu os Recursos Especial e Extraordinário.

Ademais, cabe observar que os interessados interpuseram Agravo contra a decisão da Terceira Vice-Presidência, sendo certo que já houve remessa do mesmo ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação. Ou seja, também não há trânsito em julgado, pois ainda pende o exame do Agravo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, *data venia*, o que se constata é a inequívoca inépcia da inicial, seja pela ausência de trânsito em julgado do acórdão proferido pela E. 17ª Câmara

[1] "Ação Rescisória", São Paulo, Editora Atlas S.A., 2012, p. 19.

Cível, seja pelo fato de que a pretensão se volta contra provimento desprovido de conteúdo meritório, que simplesmente se limitou a não receber os Recursos Especial e Extraordinário.

Desta forma, nos parece caracterizada a inépcia da inicial, o que enseja o seu indeferimento nos termos do art. 490, inciso I c/c o art. 295, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

B) DA FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Como de conhecimento, todos os que participaram do feito originário e que não estejam no polo ativo da ação rescisória deverão ocupar o polo passivo, pois os mesmos serão indistintamente atingidos por eventual desconstituição da coisa julgada formada no feito primitivo[2].

A presente rescisória foi ajuizada por Neidimar Machado de Souza e por Ralph Kenzen Leite, que figuraram como Réus nos autos da ação originária.

Ocorre que o polo passivo da ação originária também foi ocupado por outros Réus, que não integram a relação processual afeta à presente rescisória.

Como dito, todos aqueles que participaram da lide primitiva são indistintamente atingidos por eventual desconstituição da coisa julgada em sede de rescisória. Assim, é certo que todos os que integraram a ação originária devem integrar a relação processual surgida com o ajuizamento da rescisória.

Para tal, aqueles que não integram o polo ativo da rescisória devem necessariamente integrar o polo passivo, de forma a que todos os litigantes do processo originário participem da relação processual afeta à rescisória.

Assim, os demais Réus que não ocupam o polo ativo da rescisória devem ser incluídos no polo passivo, em litisconsórcio passivo necessário, para que participem desta nova relação processual já que integraram a relação originária e sofrerão, em tese, os efeitos de eventual acolhimento da pretensão rescindenda.

Logo, *ad argumentandum*, na hipótese de eventual rejeição da preliminar de inépcia da inicial, suscitada no item acima, para validade da relação processual impõe-se a formação de litisconsórcio passivo necessário com a citação de Derli Maia Macedo, Antonio Machado Brum, Anizio Camacho, Ildo Gonçalves da Silva, José Rodrigues Fernandes Filho, João Batista de Moura Silva, Mirabell Souza Malafaia, Carlos Campos Magalhães, Jair Pereira de Barros, José Theóphilo Correa, Juscelino Cruz de Araujo, Luiz Antonio Soares da Silva, João Marcos Moreira e Nélia Reis Mulin

C) DA QUESTÃO DE FUNDO

Para o caso de eventual exame de mérito, na remota hipótese de restarem superados os obstáculos processuais acima destacados, melhor sorte não acompanha a parte autora.

[2] Esta é a lição de Alexandre Freitas Câmara, obra citada, p. 89.

Em primeiro plano, mais uma vez reiteramos o fato de que os autores não apontam como objeto de rescisão o acórdão proferido pela E. 17ª Câmara Cível, mas sim a decisão da Terceira Vice-Presidência que deixou de receber os Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelos interessados.

Ou seja, quanto ao aspecto meritório do julgamento efetivado pela E. 17ª Câmara Cível nenhuma linha foi suscitada pelos autores na inicial desta rescisória.

Quanto ao *decisum* proferido pela Terceira Vice-Presidência, que simplesmente deixou de receber os Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelos interessados, como exaustivamente salientado, não é o mesmo passível de rescisão.

No entanto, *ad argumentandum*, ainda que fosse viável a rescisão de tal provimento judicial, mesmo nesta hipotética situação, não se poderia acolher a pretensão vestibular, eis que nenhuma violação a dispositivo legal se perpetrou.

Sustentam os autores que o não recebimento dos Recursos em função da ausência de representação processual violaria o disposto nos arts. 37 do CPC e 5º, I da Lei n. 8906/94, que garantiriam ao advogado atuar no processo, praticando atos urgentes, sem apresentar instrumento de mandato, obrigando-se a apresentar a respectiva procuração no prazo de 15 dias.

Ocorre que, segundo entendimento predominante, nas instâncias superiores, considera-se como inexistente o Recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. Este é o entendimento sedimentado na Súmula n. 115 do Superior Tribunal de Justiça: *"Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos"*.

Assim, *data venia*, não há que se falar em violação a dispositivo legal, visto que o provimento judicial que inadmitiu os Recursos Especial e Extraordinário adotou uma das interpretações possíveis para a disciplina legal invocada pelos interessados, filiando-se a entendimento jurisprudencial majoritário e já sedimentado em Súmula no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Neste particular, a título de ilustração, colacionamos trechos dos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010). IMPUGNAÇÃO RECURSAL DEDUZIDA POR ADVOGADO QUE NÃO DISPÕE, NOS AUTOS, DO NECESSÁRIO INSTRUMENTO DE MANDATO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. ATO RECURSAL INEXISTENTE. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
>
> O recurso, qualquer que seja, interposto por advogado sem procuração constitui ato processual juridicamente inexistente, eis que, sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido

> a procurar em juízo (CPC, art. 37, *caput)*. Não se revela aplicável ao apelo extremo (ou ao recurso de agravo a ele concernente) a norma inscrita no art. 13 do Código de Processo Civil, razão pela qual a ausência do necessário instrumento de mandato judicial legitima, quando imputável a omissão ao advogado da parte recorrente, o não conhecimento do recurso extraordinário interposto. Precedentes do STF"
>
> (STF - ARE-AgR 781.639 - BA - Segunda Turma - Rel. Min. Celso de Mello - J. 26/11/2013 - DJE 18/12/2013)
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ASSINADO E ENCAMINHADO DIGITALMENTE, AO STJ, POR ADVOGADA SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 115 DO STJ. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 13 E 37 DO CPC, NA INSTÂNCIA ESPECIAL. PRECEDENTES.
>
> I. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1.347.278/RS, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (DJe de 1º/08/2013), consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de petição eletrônica dirigida ao STJ, é necessário que haja procuração nos autos, outorgada ao advogado titular da assinatura digital, independentemente de seu nome constar na peça.
>
> II. Esta Corte considera inexistente o recurso endereçado à instância especial, no qual o advogado subscritor não possui procuração ou substabelecimento nos autos, conforme pacífica jurisprudência (Súmula 115/STJ), devendo a regularidade da representação processual ser comprovada no ato da interposição do recurso.
>
> III. Pacífico o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que, na instância especial, não se aplicam as disposições dos arts. 13 e 37 do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ.
>
> IV. Agravo Regimental não conhecido.
>
> (AgRg no AREsp 532461 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0149275-8; Ministra ASSUSETE MAGALHÃES; T2 - SEGUNDA TURMA; STJ; Data do Julgamento 04/11/2014; DJe 14/11/2014).

Desta forma, *data venia*, ainda que fosse possível a rescisão do provimento judicial apontado pelos autores - o que, como visto, é manifestamente inviável – mesmo nesta situação hipotética não se poderia reconhecer qualquer violação para fins do art. 485, V do CPC.

Na inicial da presente rescisória, além do inciso V do art. 485 do CPC, os autores também invocam o inciso IV do mesmo dispositivo, que versa sobre a possibilidade de rescisão de provimentos de mérito que ofendam a coisa julgada.

Neste ponto, mais uma vez, registramos o fato de que o provimento apontado pelos autores como objeto de rescisão não se mostra hábil para tal, pois o mesmo é desprovido de conteúdo meritório. A suposta ofensa à coisa julgada, que daria margem à rescisão com fulcro no inciso IV do art. 485 do CPC, não foi sequer explicitada pelos autores na inicial da rescisória, que, *data venia*, como exaustivamente demonstrado, é manifestamente insubsistente.

Logo, diante do que consta na inicial, ainda que se admitisse a rescisão do provimento judicial apontado pelos autores, não se poderia acolher a pretensão vestibular sendo a mesma flagrantemente despropositada.

Quanto à questão meritória relacionada ao ato de improbidade imputado aos autores e sobejamente demonstrado nos autos primitivos, os interessados, nesta via rescisória, nada mencionaram.

Com efeito, como já alertado, em relação ao acórdão proferido pela E. 17ª Câmara Cível os interessados nada suscitaram, visto que não deduziram nenhuma linha em sua peça inicial sobre o ato de improbidade que lhes foi imputado e cuja prática foi exaustivamente comprovada nos autos da ação civil pública originária.

De fato, a robustez dos fundamentos expostos pelo órgão ministerial e acatados pelo acórdão proferido pela E. 17ª Câmara Cível afasta a viabilidade de qualquer questionamento.

O ato de improbidade administrativa consistente na utilização de bem público (veículos) para fins particulares e dissociados da atividade típica do órgão legislativo foi cabalmente demonstrado pelas provas produzidas na ação civil pública originária.

Com efeito, restou demonstrado que a utilização dos veículos pelos vereadores autores se dava de forma displicente, sem qualquer controle sobre o percurso, usuários e finalidade do trajeto em que se empregava o bem. Vale dizer, restou demonstrado que a utilização dos veículos se implementava sem qualquer preocupação com a finalidade pública e a atividade típica do órgão legislativo, como deveria ser de rigor.

Desta forma, sob qualquer prisma que se examine a pretensão autoral, é inevitável a conclusão no sentido de seu descabimento e manifesta improcedência.

V - DA CONCLUSÃO

Isto posto, espera o MINISTÉRIO PÚBLICO seja indeferida a inicial nos termos do art. 490, inciso I c/c art. 295, inciso I, ambos do Código de Processo Civil. Para o caso de restar ultrapassado o acolhimento da preliminar, *ad argumentandum*, espera o *Parquet* a integral rejeição do pleito formulado na presente demanda rescisória,

com a condenação da parte autora nos ônus sucumbenciais, além da perda do depósito de que trata o art. 488, II do Estatuto Processual.

Ad cautelam, protesta pela produção de prova documental.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de novembro de 2014.

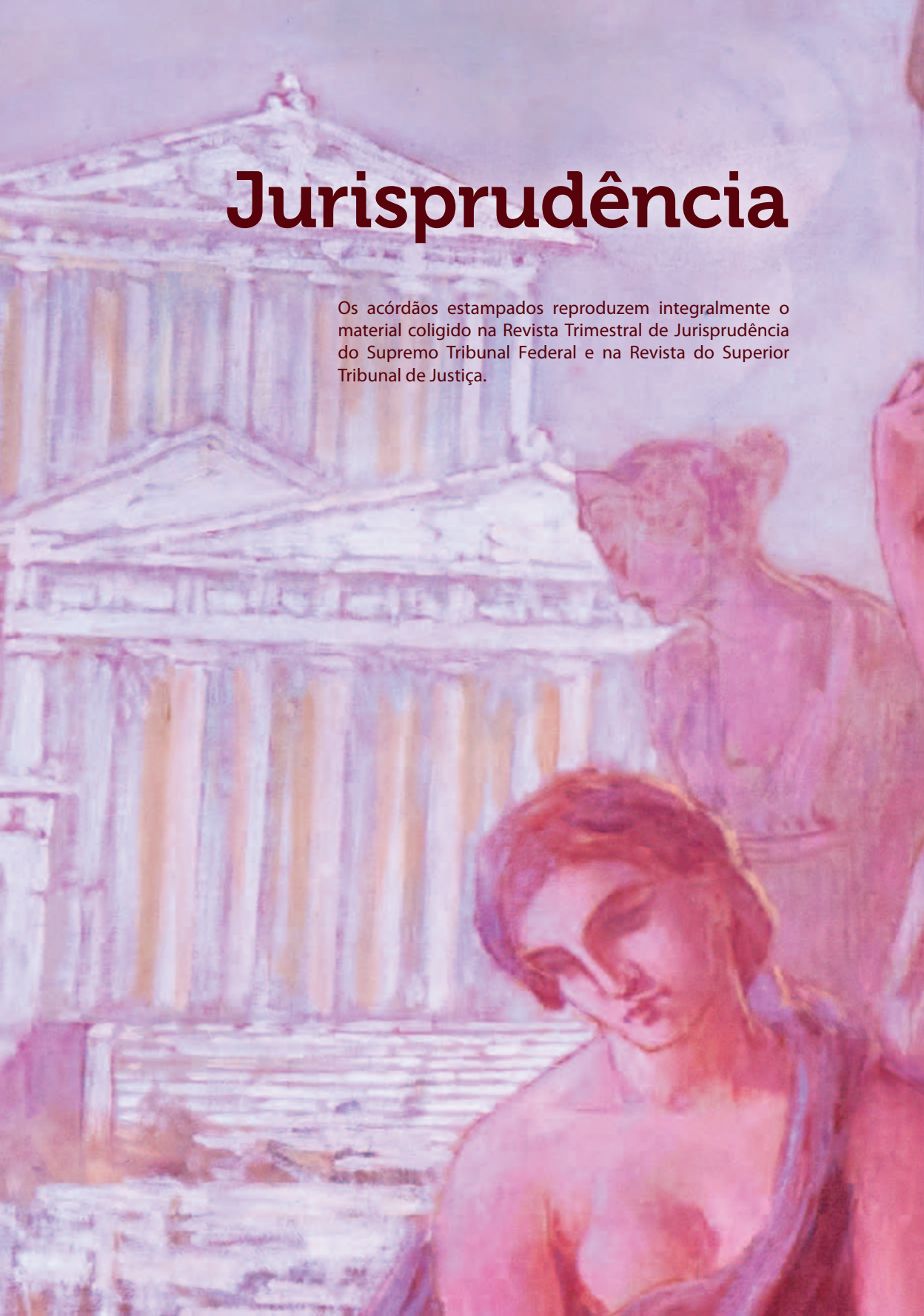
ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais, em exercício

Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na Revista do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

MANDADO DE SEGURANÇA 32.721 - DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA
IMPTE.(S): ALCIR GURSEN DE MIRANDA
ADV.(A/S): EMILIANO ALVES AGUIAR E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ
PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
LIT.PAS.(A/S): UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DE MAGISTRADO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em denegar a segurança,** nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo impetrante, o Dr. Emiliano Aguiar. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes .

Brasília, 11 de novembro de 2014.

Ministra CÁRMEN LÚCIA - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Mandado de segurança, com requerimento de medida liminar, impetrado por Alcir Gursen de Miranda, em 20.1.2014, contra decisão proferida na Reclamação Disciplinar n. 0002489-20.2012.2.00.0000 pelo Conselho Nacional de Justiça, pela qual se afastou o impetrante do exercício de suas funções e determinou a instauração de processo administrativo disciplinar.

2. Em 8.5.2012, a Procuradoria Regional Eleitoral de Roraima apresentou reclamação disciplinar contra o Desembargador Alcir Gursen de Miranda, então Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, autuada sob o n. 0002489-20.2012.2.00.0000, para apurar fatos relacionados à conduta do magistrado (doc. 9).

Em 4.9.2012, após o voto da Conselheira Eliana Calmon pela instauração de processo administrativo disciplinar e pelo afastamento do magistrado, o julgamento da reclamação disciplinar foi suspenso pelo pedido de vista do Conselheiro Vasi Werner (doc. 4).

O julgamento foi retomado em 10.9.2013 e, após o indeferimento do pedido de renovação da sustentação oral formulado pela defesa (decisão Supremo Tribunal Federal objeto do MS 32.375), os Conselheiros Maria Cristina Peduzzi, Ana Maria Duarte Amarante Brito, Guilherme Calmon, Saulo Casali Bahia e Gilberto Martins acompanharam o voto da Conselheira Relatora, tendo o julgamento sido interrompido, novamente, pelo pedido de vista do Conselheiro Fabiano Silveira (doc. 5).

Em 23.9.2013, o Conselho Nacional de Justiça, por maioria, aprovou a proposta de afastamento cautelar do magistrado e decidiu pela instauração de processo administrativo disciplinar para apurar alegada infração aos arts. 35, incs. I, II, III e VIII, e 56, inc. II, da Lei Complementar n. 35/1979. Foi expedida a Portaria n. 14 – PAD (doc. 6-7).

Contra essa decisão se impetra o presente mandado de segurança.

3. O Impetrante afirma, em síntese, inexistir fundamentação idônea e justa causa para seu afastamento cautelar, pois os fatos que poderiam justificar essa medida, sua atuação como Corregedor-Regional Eleitoral e a proximidade das eleições municipais de 2012, não subsistiriam quando da conclusão do julgamento.

Sustenta carecer a decisão impugnada de fundamentação e estar lastreada "*na suposta incompatibilidade da conduta do impetrante com o exercício da judicatura, sem considerar ou individualizar qualquer fato específico*" (fl. 3).

Realça inexistir no julgado "*fundamentação específica, a não ser a que consta apenas da ementa, capaz de se enquadrar dentro da exigência legal de fundamentação da decisão de afastamento, que possui natureza cautelar própria, não se confundindo com a decisão de instauração do PAD, não podendo se pautar apenas na gravidade dos fatos, mas sim no eventual e efetivo prejuízo à prestação jurisdicional*" (fls. 4-5).

Argumenta que as questões envolvendo alegada parcialidade de suas decisões em processos judiciais sequer poderiam ser apreciadas pelo Conselho Nacional de Justiça, por se tratarem de matéria sujeita à impugnação pela via da exceção de suspeição, pelo que a autoridade apontada como coatora teria desbordado sua competência constitucional.

Pondera que, não dispondo o Conselho Nacional de Justiça de "*competência para apreciar acerto ou erro de decisão judicial passível de recurso, não seria possível cogitar de infração disciplinar em razão de conduta sob o pressuposto da parcialidade*" (fl. 7).

Assinala que a instauração de processo administrativo disciplinar contra magistrado não enseja, direta e automaticamente, seu afastamento do exercício da jurisdição, exigindo-se, para tanto, fundamentação específica sobre sua necessidade e conveniência.

Defende o Impetrante que, não fosse apenas a insubsistência dos fundamentos declinados para justificar seu afastamento cautelar, a instauração do processo administrativo disciplinar careceria de justa causa, pois as condutas a ele imputadas, praticadas em sessões colegiadas de julgamento, seriam regulares e não evidenciariam a alegada manipulação de julgamento para favorecer o Governador de Roraima em processo no qual se pedia a cassação de seu mandato (fl. 11).

Realça que a interrupção de suas férias, o pedido de vista dos autos após a declaração de que estaria apto a votar e, por fim, a apresentação do processo em mesa para julgamento na sessão seguinte ao pedido de vista (antes do prazo de dez dias estipulado na sessão anterior), não constituíram *"manobra"* para postergar o julgamento e levar à improcedência da representação contra o Governador de Roraima.

O Impetrante pondera que as insinuações do Juiz federal Leandro Saon sobre a sessão de julgamento daquela representação eleitoral, da qual não participou, e as matérias jornalísticas postadas no sítio eletrônico "*Política com Pimenta*" não poderiam lastrear a instauração do processo administrativo disciplinar e que o julgamento da "*representação eleitoral n. 2741-19.2010.6.23.0000* [seria] *inequívoco ato judicial, colegiado, insuscetível de verificação pelo eg. CNJ*" (fl. 15).

Destaca que a reprodução parcial de ementa de julgado na fundamentação de seu voto, proferido no julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, não consubstanciaria infração disciplinar e estaria "*coberta pela imunidade funcional prevista no art. 41 da LOMAN"* (fl. 16).

Acrescenta que a nomeação de suas filhas para o exercício de cargos comissionados nos Poderes Executivo e Legislativo estadual em nada se relacionariam aos fatos em apuração.

Pede ordem de segurança para "c*assar em definitivo o afastamento do impetrante, assim como, alternativa e sucessivamente (...) para determinar o arquivamento da reclamação disciplinar, por manifesta ausência de justa causa para a instauração do PAD*" (fl. 22).

4. Em 3.2.2014, indeferi a medida liminar requerida (DJe 10.2.2014).

5. Em 19.2.2014, a autoridade apontada como coatora prestou informações.

6. Em sua manifestação, apresentada em 9.10.2014, o Procurador-Geral da República opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O que se põe em foco no presente mandado de segurança é se, ao determinar o afastamento cautelar do Impetrante do exercício de suas funções judicantes e instaurar processo administrativo disciplinar para apurar pretenso descumprimento dos seus deveres funcionais, teria o Conselho Nacional de Justiça violado direito líquido e certo do magistrado.

2. O Impetrante sustenta, em síntese, inexistência de fundamentação idônea para justificar seu afastamento cautelar e a ausência de justa causa para instauração de processo administrativo disciplinar para apurar condutas que afirma seriam regulares e insuscetíveis de apreciação pelo Conselho Nacional de Justiça.

3. Deve-se realçar, de início, que na presente ação não se examina eventual impropriedade da conduta imputada ao Impetrante, tampouco se exerce juízo de valor sobre os fatos narrados da representação que ensejou a instauração do processo administrativo disciplinar e o afastamento do Impetrante. Tais questões estão submetidas à análise do Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo ao qual o Constituinte incumbiu da aferição do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, da Constituição da República).

Nesta ação, examina-se, tão somente, a existência de justa causa para se iniciar o procedimento investigatório e de fundamento suficiente para o afastamento do magistrado do exercício de suas funções, o que demonstraria ter havido, ou não, legalidade ou abuso de poder da autoridade apontada como coatora.

4. Como assinalado no exame da medida liminar requerida na presente ação, a proposta de afastamento, formulada pela então Conselheira Eliana Calmon, não se fundamentou somente na proximidade das eleições municipais de 2012 e no exercício pelo Impetrante, naquela data, do cargo de Corregedor-Regional Eleitoral. O voto condutor da decisão impugnada lastreou-se no conjunto de elementos que evidenciariam práticas incompatíveis com o exercício da judicatura, a recomendar o afastamento cautelar do Impetrante pelo Conselho Nacional de Justiça.

Da ementa contante do voto condutor da decisão combatida, destaca-se:

> "V- Havendo indicativos de grave violação aos deveres funcionais praticados por desembargador com a adoção de postura

> incompatível com o exercício da magistratura, mostra-se necessária a instauração de processo administrativo disciplinar, a fim de que sejam esclarecidos os fatos e aplicada a penalidade eventualmente cabível.
>
> VI – Tratando-se de conduta, em tese, incompatível com o exercício da judicatura, somada ao fato de ser o desembargador Reclamado o atual Corregedor-Regional Eleitoral e a proximidade as eleições municipais, impõe-se o afastamento preventivo do Reclamado" (fl. 9, doc. 11, grifos nossos).

A compreensão a que chegou o Conselho Nacional de Justiça foi resultado do exame de diversas condutas imputadas ao Impetrante, as quais denotariam comprometimento de sua isenção e imparcialidade no exercício judicante. Tanto ensejou seu afastamento cautelar e a instauração de processo administrativo disciplinar, destinado à apuração de potencial descumprimento de deveres funcionais e a adoção pelo Impetrante de conduta incompatível com as exigências ético-legais exigidas daqueles que titularizam cargo de magistrado.

Diferente do que alega o Impetrante, seu afastamento cautelar não contraria o disposto no § 3º do art. 27 da Lei Complementar n. 35/1979:

> "Art. 27 - O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. (...)
>
> § 3º - O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final " (grifos nossos).

Embora a instauração de processo administrativo disciplinar não imponha, necessariamente, o afastamento do magistrado do exercício de suas funções, essa medida de natureza cautelar pode ser adotada quando a continuidade do exercício do ofício judicante pelo investigado puder, de algum modo, interferir no curso da apuração ou comprometer a legitimidade de sua atuação e a higidez dos atos judiciais.

Na espécie vertente, o afastamento do Impetrado deveu-se aos indícios, considerados graves pelo Conselho Nacional de Justiça, de que sua conduta evidenciaria parcialidade incompatível com o exercício do cargo. Essa motivação

é explicitada de forma clara e precisa no voto proferido pela então Corregedora Nacional de Justiça: "*Tendo em vista que os elementos de prova até aqui colacionados trazem indícios de que o magistrado age com parcialidade – principalmente no que concerne às causas de cunho eleitoral –, faz-se necessário seu afastamento de todas as suas funções jurisdicionais ou administrativas*" (fl. 47, doc. 11).

5. A alegação de ausência de justa causa para a instauração do processo administrativo disciplinar também não se sustenta.

A portaria de instauração daquele processo disciplinar indica as seguintes condutas a merecer apuração:

> "1. ATUAÇÃO QUESTIONÁVEL NA REPRESENTAÇÃO ELEITORAL N° 2741-19.2010.6.23.0000 - SUPOSTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO.
>
> Trata-se de representação por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais contra José de Anchieta Júnior e Francisco de Assis Rodrigues, eleitos respectivamente, governador e vice-governador do estado de Roraima no pleito de 2010. Nesta representação, o desembargador Gursen, que se encontrava de férias, pediu interrupção das mesmas e declarou-se apto para participar do julgamento do referido procedimento.
>
> E após este acontecimento, ele teria passado a adotar diversas atitudes incompatíveis com a judicatura; primeiramente tentando postergar ao máximo o julgamento da representação; e depois, utilizando-se de expedientes escusos para tentar que o julgamento da representação fosse no sentido da improcedência da mesma.
>
> 2. NOMEAÇÃO DE DUAS FILHAS DO DESEMBARGADOR PARA EXERCEREM CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DO ESTADO DE RORAIMA.
>
> Duas filhas do desembargador exercem cargos em comissão no âmbito do estado de Roraima - o que corrobora a ligação do desembargador Gursen de Miranda com o governo do estado.
>
> Themis Eloana Barrios Alves Gursen de Miranda teria sido nomeada para exercer cargo em comissão de Membro Auxiliar do Grupo Técnico Especializado de Estudos das Áreas Indígenas de Roraima. Já Essayra Raisa Barrios Alves Gursen de Miranda teria sido nomeada pela Assembleia Legislativa de Roraima, em 07/03/2012, para exercer o cargo em comissão de Assistente Especial da Mesa Diretora, atualmente presidida e liderada pelo grupo do Governador de Roraima.

> 3. ATUAÇÃO QUESTIONÁVEL FRENTE AO CARGO DE CORREGEDOR REGIONAL ELEITORAL, ATRAVÉS DA REALIZAÇÃO DE 'INSPEÇÕES ELEITORAIS' NO INTERIOR DE RORAIMA - ANTES DE ASSUMIR O CARGO DE CORREGEDOR ELEITORAL - USURPANDO A COMPETÊNCIA DOS JUÍZES ELEITORAIS, ALÉM DA EXPEDIÇÃO DE 'RECOMENDAÇÃO INTERPRETATIVA' SOBRE TEMAS ESPECÍFICOS COMO A POSSIBILIDADE DE REGISTRO DE CANDIDATURA DAQUELES QUE TIVERAM CONTAS REJEITADAS PELA JUSTIÇA ELEITORAL.
>
> Antes mesmo de assumir a titularidade da Corregedoria Regional Eleitoral, GURSEN DE MIRANDA iniciou um ciclo de inspeções em todas as zonas eleitorais de Roraima – usurpando atribuição originária dos juízes eleitorais e causando despesas aos cofres públicos com o pagamento de diárias desnecessárias. Ademais, o desembargador Reclamado teria expedido "recomendação interpretativa" aos juízes eleitorais sobre temas específicos destacando-se, por exemplo, questão acerca da possibilidade de registro de candidatura daqueles que tiveram contas rejeitadas pela Justiça Eleitoral.
>
> 4. ATUAÇÃO JURISDICIONAL EIVADA DE VÍCIO NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA N°. 000011000883-6.
>
> O desembargador GURSEN DE MIRANDA, atuando à frente do Tribunal de Justiça de Roraima, em decisão monocrática proferida em sede de recurso em mandado de segurança, teria proferido decisão bastante contestável - GURSEN teria transcrito duas ementas (uma do STJ e outra do TJSE), suprimindo parte de cada uma delas - supressão esta que teria mudado completamente o entendimento que deveria ser dado a tais excertos" (doc. 10, grifos nossos).

O Impetrante advoga a intangibilidade dos atos de conteúdo jurisdicional por ele praticados. Busca escudar-se na garantia de imunidade funcional assim estabelecida na Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

> "Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir" (grifos nossos).

6. A leitura do superficial deste preceito legal induziria à validação do argumento aproveitado pelo Impetrante. Contudo, seu exame mais detido evidencia

que essa prerrogativa, vocacionada à garantia da independência do magistrado no exercício da jurisdição, não é absoluta. Nessa linha, pontuou o Ministro Ilmar Galvão ser "*improcede argumentar que o art. 41 da Loman cria imunidade para o magistrado, pois tal norma tutela apenas a independência funcional, enquanto garantia para o exercício da jurisdição, não se prestando, como evidente, a autorizar a prática de ilegalidades ou atos abusivos de poder*" (HC 71.049/RJ, Primeira Turma, DJ 17.3.1995).

Sobre o tema, o Eminente Ministro Celso de Mello destacou:

> "O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o "*usus fori*" e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e de pertinência. Doutrina. Precedentes. A "*ratio*" subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do "*officium judicis*", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial - que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção - traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres"
>
> (Inquérito n. 2.699-QO/DF, Plenário, DJe 8.5.2009, grifos nossos).

Logo se vê não se tratar de garantia absoluta, cujo alcance está limitado ao uso moderado da linguagem e ao conteúdo do ato jurisdicional praticado em obediência à lei e à Constituição da República.

7. A análise dos fatos a serem apurados pelo Conselho Nacional de Justiça não avança sobre o mérito das decisões judiciais prolatadas pelo Impetrante, mas sobre sua conduta, que se afirma marcada pela parcialidade. Nesse sentido, destacou a Corregedora Nacional de Justiça:

> "Reitere-se que no presente procedimento disciplinar não se

discute o acerto ou o desacerto das decisões proferidas pelo desembargador Reclamado, mas sim a eventual parcialidade do julgador. Impõe-se afastar a alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado, na hipótese, traduzem meras decisões de natureza jurisdicional, haja vista que o caráter das medidas adotadas pelo desembargador ALCIR GURSEN DE MIRANDA merecem a atenção deste Conselho Nacional de Justiça.

Não há dúvida de que a independência do Poder Judiciário como instituição e de cada magistrado como agente público é uma garantia do cidadão, estabelecida com o fim de que o juiz possa decidir livre de pressões, de acordo com as provas dos fatos e a melhor interpretação do direito, estando assegurada pelos artigos 40 e 41 da LOMAN, bem como pelo artigo 131 do CPC.

Nesse sentido o item 22 dos Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, que segue transcrito:

> A independência judicial não é um privilégio ou prerrogativa individual do juiz. Ela é a responsabilidade imposta sobre cada juiz para habilitá-lo a julgar honesta e imparcialmente uma disputa com base na lei e na evidência, sem pressões externas ou influência e sem medo de interferência de quem quer que seja. (Escritório contra Drogas e Crime da ONU-CEJ-CJF; Trad. Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth - Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008).

Mas a independência judicial não constitui um direito absoluto do magistrado de decidir a seu bel-prazer sem dar satisfações à sociedade. Se a independência judicial fosse assim entendida, o magistrado poderia decidir de forma arbitrária, contra disposições expressas de lei, cometendo atos que configuram ilícitos penais, administrativos ou causando prejuízos a partes ou terceiros, sem que pudesse ser por isso responsabilizado"(fls. 15-16, doc. 11, grifos nossos).

8. Como assinalei no exame da medida liminar requerida nesta ação, embora os atos judiciais e a parcialidade de magistrado na condução do processo estejam sujeitos a medidas processuais específicas (recursos e exceções) e essas possam ser apresentadas pelas partes que integram o processo e também pelo Ministério Público, como *custos legis*, a atuação do magistrado na condução de processos judiciais pode e deve ser objeto de exame pela Corregedoria de Justiça Estadual e pelo Conselho Nacional de Justiça quando houver indícios de violação dos deveres

funcionais impostos pela Constituição da República, pela Lei Complementar n. 35/1979 e pela legislação extravagante. A normalidade e juridicidade da atuação do magistrado interessam não apenas ao jurisdicionado, mas ao Poder Judiciário e a toda a sociedade.

Esse exame não importa, como salientei, vulneração da independência do magistrado para decidir, com isenção e imparcialidade, em conformidade com o convencimento que extrai do direito, das provas e de sua consciência.

O conteúdo das decisões judiciais, o seu acerto ou desacerto jurídico, sujeita-se apenas ao exame judicial, segundo o sistema processual vigente. Como dito, não foi por outra razão, senão para assegurar ao magistrado independência para exercer seu ofício com serenidade e livre de pressões, que o legislador estatuiu a garantia estampada no art. 41 da Lei Complementar n. 35/1979.

Contudo essa garantia, dirigida à independência de manifestação e julgamento, não constitui imunidade do magistrado a permitir-lhe atuar em descompasso com a lei e a ética.

9. Reitero, como pontuado no exame prefacial da ação, não se pode tolher prematuramente a atuação do órgão administrativo ao qual a Constituição da República atribuiu a competência para aferir o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e zelar pela observância dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade. Menos ainda nos casos em que haja elementos indiciários que recomendem apuração, como se dá na espécie.

Assim, sem adentrar ao mérito das imputações feitas na representação que deu azo à instauração do processo administrativo disciplinar, tampouco validar as alegações de defesa apresentadas ao Conselho Nacional de Justiça e aqui renovadas, tenho que o ato apontado como coator não consubstancia violação a direito líquido e certo do Impetrante, não importando em ilegalidade ou abuso de poder a criar insegurança jurídica a ser sanada por ordem judicial.

10. Pelo exposto, **denego a ordem de segurança.**

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho o magnífico voto da eminente Ministra Relatora, cujas substanciosas razões justificam a conclusão a que chegou em seu douto pronunciamento.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE) – A grande dificuldade que se tem aqui é fazer um juízo de liquidez e certeza do direito em face desse conjunto de fatos que necessariamente deveriam ser esmiuçados.

De modo que eu também vou acompanhar a Relatora.

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 32.721

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

IMPTE.(S): ALCIR GURSEN DE MIRANDA

ADV.(A/S): EMILIANO ALVES AGUIAR E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

LIT.PAS.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Indicado adiamento pela Senhora Ministra Relatora. 2ª Turma, 04.11.2014.

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a segurança, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo impetrante, o Dr. Emiliano Aguiar. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 11.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira - Secretária

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054 - SC

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECDO.(A/S): SANDRO GASPARI

ADV.(A/S): SANDRO SPRICIGO

INTDO.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – PRESIDENTE E RELATOR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, hoje li, no jornal "O Globo", artigo sob o título "O que o Supremo precisa", a tratar, justamente, da problemática das repercussões gerais e a retenção, portanto o afastamento da continuidade da jurisdição, de muitos processos.

Por isso, devo penitenciar-me, porque ontem fugi à tradição de procurar resumir o convencimento sobre processos sob minha relatoria e acabei ocupando espaço dos jurisdicionados que estão na fila, considerados processos que devem ser incluídos na pauta dirigida, para terem a entrega da prestação jurisdicional. Estendi-me um pouco mais no voto, talvez empolgado pela matéria versada: imunidade quanto às entidades de assistência social. E não vi sequer o resultado final do julgamento, já que colega, com todo direito, pediu vista, isso após quatro votos proferidos. Vou procurar, portanto, resumir o voto neste caso.

Qual é o pano de fundo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite um breve aparte? Neste caso específico, e apenas para não deixar passar em branco – e olha que sou um defensor da brevidade –, o voto de Vossa Excelência, numa questão complexa e intrincada, fez diferença, por exemplo, para o meu ponto de vista, e eu mesmo reajustei a minha impressão original.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me conforta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De modo que, às vezes, o voto analítico, como foi o caso, pela complexidade e pelas circunstâncias, excepcionalmente se justifica, e acho que esse era um caso. Pelo menos para mim, fez muita diferença o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Confesso que a sessão de ontem não me fez bem, pela extensão do voto que proferi.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Adoto, como relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> O Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu parcial provimento a recurso de apelação interposto pelo réu, ora recorrido, de modo a reduzir as penas que lhe haviam sido impostas, em primeiro grau, ante a prática dos crimes tipificados nos artigos 306 (na redação anterior à Lei nº 11.705/08) e 311 da Lei nº 9.503/97, tendo sido alterado, de ofício, o regime de cumprimento da pena para o aberto. Reformou ainda a sentença condenatória, mantendo unicamente, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a prestação de serviços à comunidade.
>
> Consignou o equívoco do Juízo ao considerar, quando da dosimetria das penas-base, processos criminais em andamento como aptos a configurar maus antecedentes, à luz do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII). Evocou precedentes do próprio Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Destacou que a aludida circunstância poderia ter sido levada em conta na avaliação da conduta social do condenado, entretanto, não se mostraria mais viável, sob pena de reforma prejudicial ao recorrido, porquanto, na sentença, teve-se a citada conduta como abonada.
>
> No extraordinário interposto com alegado fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, o Ministério Público argui a

transgressão do inciso LVII do artigo 5º do Diploma Maior. Afirma haver o Tribunal de origem, mediante o acórdão impugnado, conferido errônea interpretação e extensão ao postulado constitucional da não culpabilidade. Aduz não implicar afronta a esse princípio o exame de processos penais em curso para fins de avaliação de maus antecedentes, porquanto é circunstância que efetivamente diz respeito à vida pregressa do agente e que não pode ser olvidada na fixação da pena-base, presente o princípio da igualdade. Assevera ser a análise distinta da procedida para o reconhecimento da reincidência. Conclui não se projetar a presunção de não culpabilidade à dimensão dada pelo Tribunal, uma vez que não se trata de "*princípio apriorístico e inflexível*" (fl. 163), merecendo temperamento na aplicação aos casos concretos. Cita doutrina e precedentes do Supremo no sentido da tese sustentada.

Em contrarrazões, o recorrido limita-se a ratificar os argumentos deduzidos nas alegações finais e razões de apelação. Anota não ter o Tribunal de Justiça contrariado o referido dispositivo constitucional.

A Procuradoria-Geral da República, à folha 211-221, preconiza o conhecimento e o provimento do recurso. Frisa o caráter relativo do princípio da presunção de não culpabilidade e a limitação a este imposta pelos princípios da individualização da pena e da igualdade. Sustenta não se revelar razoável defender que a ordem jurídica dispensa ao agente que possui registros criminais anteriores o mesmo tratamento conferido àqueles que não os têm. Sustenta que, se ao Juiz é dado, quando da dosimetria da pena, perquirir circunstâncias de natureza subjetiva, como personalidade do agente e motivos do crime, com muito mais razão deve-lhe ser autorizado considerar, na apreciação dos antecedentes do condenado, a existência de registros criminais, inquéritos, ações penais em curso e condenações ainda não transitadas em julgado, por constituírem elementos de natureza objetiva.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A publicação do acórdão ocorreu em 21 de setembro de 2007 – sexta-feira. A peça, subscrita por

Procurador de Justiça, foi protocolada em 1º de outubro seguinte – segunda-feira –, no prazo legal.

O que se impõe ao Supremo, neste extraordinário, é esclarecer se, sob o ângulo da dosimetria da pena, presentes as circunstâncias judiciais versadas no Código Penal, inquéritos e ações penais em andamento configuram antecedentes para efeito de fixação da pena-base, valendo notar que o artigo 5º, inciso LVII, da Carta da República encerra a garantia da não culpabilidade, até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A jurisprudência do Tribunal sobre o assunto, por muito tempo, inclinou-se no sentido de ser idônea a menção à existência de processos criminais em curso para o efeito da apenação[1], ficando vencidos, contra essa tese, os ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence[2] e, posteriormente, eu mesmo[3].

O entendimento foi sendo suplantado à medida que renovada a composição do Tribunal. Assim, ao examinar o *Habeas Corpus* nº 81.974/SP, relatado, em 22 de outubro de 2002, perante a Segunda Turma, o ministro Gilmar Mendes, designado para redigir o acórdão, aventou, ao indeferir o pedido, a possibilidade de rever a posição então sufragada, o que efetivamente veio a ocorrer quando, em 29 de novembro de 2005, Sua Excelência defrontou-se, uma vez mais, com a problemática, ao relatar o *Habeas Corpus* nº 84.088/MS. Em que pese a óptica prevalente não ter sido alterada, verificou-se flexibilização na orientação, no que o redator do acórdão, ministro Joaquim Barbosa, consignou que apenas a análise do caso concreto revelaria se a existência de inquéritos e processos em andamento poderiam ser considerados antecedentes para agravar a pena-base.

Àquela altura, a Primeira Turma já havia se manifestado pela impossibilidade de afastar a cláusula constitucional da não culpabilidade, ao apreciar, em 4 de novembro de 2003, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 84.088/MS, de minha

---

[1] *Habeas Corpus* nº 68.290/DF, relator ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de outubro de 1990, *Habeas Corpus* nº 70.871/RJ, relator ministro Paulo Brossard, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de novembro de 1994, *Habeas Corpus* nº 72.093/SP, relator ministro Ilmar Galvão, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 31 de março de 1995, *Habeas Corpus* nº 72.643/SP, redator ministro Ilmar Galvão, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 6 de fevereiro de 1996, *Habeas Corpus* nº 72.664/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997, *Habeas Corpus* nº 72.840/PE, relatado pelo ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 21 de novembro de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.297/SP, relator ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de agosto de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de março de 1996, *Habeas Corpus* nº 73.926/SP, relator ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 11 de abril de 1997, *Habeas Corpus* nº 74.967/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 8 de abril de 1997 e *Habeas Corpus* nº 81.759/SP, relator ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2003.

[2] *Habeas Corpus* nº 68.641/DF, relator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 5 de junho de 1992, *Habeas Corpus* nº 68.465/DF, relator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 21 de fevereiro de 1992, *Habeas Corpus* nº 69.298/RJ, redator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 15 de dezembro de 2006, *Habeas Corpus* nº 79.966/DF, redator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 29 de agosto de 2003.

[3] *Habeas Corpus* nº 77.081/SC, redator ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 11 de dezembro de 1998.

relatoria e de cujo acórdão o ministro Ayres Britto veio a ser designado redator. Essa compreensão logo se tornou dominante em ambos os órgãos fracionários[4] e assente, hoje, pela maioria[5]. Parafraseando René David, diria que os votos vencidos de ontem estavam a anunciar o surgimento de uma nova visão sobre o Direito.

Essa evolução também pode ser constatada na doutrina. Na edição de 2004 do "Código Penal Comentado", Cezar Roberto Bittencourt sustentou, à página 212, não ser "a melhor corrente, embora respeitável, o entendimento de que 'inquéritos instaurados e processos criminais em andamento', 'absolvições por insuficiência de provas', 'prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes' não podem ser considerados como 'maus antecedentes'". Nas palavras do prestigiado professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, "a persistir esse entendimento mais liberal, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituam reincidência". Concluiu, afirmando que, "se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se 'aos antecedentes', ter-se-ia referido 'às condenações anteriores irrecorríveis'".

Na edição de 2014, à página 294, o autor reformulou a passagem. Lê-se agora que, "embora tenha sido válido ao seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável o entendimento de Nélson Hungria, segundo o qual devem ser apreciados como antecedentes penais os 'processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes da sentença final irrecorrível, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julgado (…), processos em andamento, até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova'", ao argumento de que, "sob o império de uma nova ordem constitucional e 'constitucionalizando o Direito Penal', somente podem ser valoradas como 'maus antecedentes' decisões condenatórias irrecorríveis", não podendo ser considerados como tais "quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal".

Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso *Ricardo Canese* (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo

[4] *Habeas Corpus* nº 84.687/MS, relator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 27 de outubro de 2006, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 604.401/RS, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça de 31 de agosto de 2007, *Habeas Corpus* nº 96.190/DF, relator ministro Gilmar Mendes, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 3 de setembro de 2010, *Habeas Corpus* nº 97.665/RS, relator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 22 de junho de 2011, *Habeas Corpus* nº 102.968/RJ, relator ministro Gilmar Mendes, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 4 de novembro de 2010, *Habeas Corpus* nº 106.157/SP, relator ministro Dias Toffoli, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 27 de maio de 2011, *Habeas Corpus* nº 108.026/MS, relator ministro Celso de Mello, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de setembro de 2013, *Habeas Corpus* nº 112.449/ES, relator ministro Gilmar Mendes, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 26 de fevereiro de 2013, Recurso em *Habeas Corpus* nº 117.095/SP, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 13 de setembro de 2013.

[5] Confiram o trecho da ementa do acórdão do *Habeas Corpus* nº 115.005/PE, relatado na Primeira Turma pelo ministro Dias Toffoli: "É assente a jurisprudência da Corte no sentido de que não bastam para o agravamento da pena ações penais ou inquéritos policiais ainda em curso".

154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica[6], promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso *Cabrera García e Montiel Flores* (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos *Tibi* (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e *Cantoral Benavides* (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também se manifestou acerca do tema nas muitas vezes em que foi chamado a interpretar o sentido e o alcance do item 2 do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos[7]. Asseverou não se limitar o conteúdo da norma a uma garantia de processo[8], isso por se revelar de observância obrigatória a toda e qualquer autoridade pública – juízes[9], representantes do Ministério Público[10], ministros de Estado[11], parlamentares[12], policiais[13], entre outros – impossibilitando, assim, que um representante do Estado venha a declarar a culpa de uma pessoa antes de o Poder Judiciário estabelecê-la em definitivo[14].

De maneira similar, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas recomenda, no Comentário Geral nº 32, acerca do direito a um julgamento justo (HRI/GEN/1/Rev.9, volume I, página 303, parágrafo 30), que o Poder Público deve abster-se de prejulgar o acusado, instando as autoridades a demonstrarem a contenção que o artigo 14, nº 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e

[6] O dispositivo tem a seguinte redação: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".
[7] Eis o teor do preceito: "Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". Confiram, a propósito, os acórdãos alusivos aos casos *Perica Oreb*, de 31 de outubro de 2013, nº 20.824/09, parágrafo 147, e *Hajnal*, de 19 de junho de 2012, nº 36.937/06, parágrafo 131.
[8] BARRETO, Irineu. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, página 163.
[9] Corte Europeia de Direitos Humanos, casos *Perica Oreb*, de 31 de outubro de 2013, nº 20.824/09, parágrafo 140, e *Minelli*, de 25 de março de 1983, nº 8.660/79, parágrafos 27, 30 e 37.
[10] Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Daktaras*, de 10 de outubro de 2000, nº 42.095/98, parágrafo 42.
[11] Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Allenet de Ribemont*, de 10 fevereiro de 1995, nº 15.175/89, parágrafos 35 e 36.
[12] Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Butkevičius*, de 26 de março de 2002, nº 48.297/99, parágrafos 50 a 52.
[13] Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Dovzhenko*, de 12 de janeiro de 2012, nº 42.095/98, parágrafo 52.
[14] Nem mesmo a condenação em primeira instância faz cessar a garantia, a qual segue aplicável enquanto houver recurso pendente de apreciação. Foi o que assentou a Corte Europeia de Direitos Humanos no acórdão do caso *Konstas*, de 24 de maio de 2011, nº 53.466/07, parágrafo 36.

Políticos (Decreto nº 592/1992) preconiza[15].

Realço, ainda, o fato de o Superior Tribunal de Justiça, em 28 de abril de 2010, haver aprovado o Verbete nº 444 da Súmula, publicado no Diário da Justiça de 13 de maio de 2010, com o seguinte teor: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Pretender agora a inversão do quadro contraria, a toda evidência, a ordem natural das coisas. O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutiva, potencializa, a mais não poder, a atuação da Polícia Judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais. Basta imaginar eventual desfecho favorável ao recorrido não só nos inquéritos em curso, como também nos recursos interpostos contra a decisão condenatória. Estará ele albergado de qualquer dúvida quanto a registros criminais e, mesmo assim, persistirá, porque já alcançado por possível preclusão maior o ato no qual condenado a pena mais grave, tendo em conta, justamente, a alusão às incursões no campo penal.

Com efeito, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a ter em conta, na fixação da pena[16], deve a presunção militar em favor do acusado, partindo-se sempre do princípio da razoabilidade, conducente a procedimento harmônico com o ordinário, e não a suposição do excepcional.

O arcabouço normativo não pode ser interpretado a ponto de gerar perplexidade. A abordagem há de ser científica, sob pena de chegar-se a soluções distorcidas. Por isso mesmo, ressalto sempre a necessidade de observar o princípio do terceiro excluído: ou uma coisa é, ou não é[17]. Entre duas possibilidades contraditórias, inexiste lugar para uma terceira espécie, razão suficiente a que elementos passíveis de perder a sustentação fática não venham a ser sopesados como reveladores de antecedentes.

Os dados que podem ser valorados na aferição da culpabilidade devem derivar de envolvimentos judiciais que levaram a condenações definitivas do agente por infrações penais, sejam elas crimes – comuns, militares e políticos – ou contravenções, nada impedindo que, em havendo várias condenações acobertadas pela coisa julgada, remeta-se aos antecedentes negativos e, em fase subsequente, diga-se da reincidência. Também o transcurso dos cinco anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal não é óbice ao acionamento do artigo 59 nele contido. Foi essa a óptica adotada no *Habeas Corpus* nº 76.665/SP, por mim relatado na Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de setembro de 1998.

---

[15] A norma tem o seguinte teor: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

[16] Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 453.000/RS, de minha relatoria, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 3 de outubro de 2013, o Plenário declarou ser constitucional a consideração de comportamentos anteriores ao fato na caracterização da reincidência, porque relevante para a satisfação da exigência de prevenção a que se refere o artigo 59 do Código Penal.

[17] BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade – Teoria do Conhecimento*. Alfa-Ômega: São Paulo, 1985, página 116.

De outro lado, conflita com a ordem jurídica em vigor considerar, para a majoração da pena-base, sob o ângulo dos antecedentes criminais, processos que desaguaram na conclusão sobre a continuidade delitiva, no que encerrada reciprocidade extravagante[18], na aceitação de proposta de transação penal, a teor do artigo 76, § 6º, da Lei nº 9.099/1995, na concessão da remissão em procedimento judicial para a apuração de ato infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com aplicação de medida de caráter sociopedagógico voltada a orientação e reeducação[19], e na extinção da punibilidade[20], excetuados os resultantes em indulto individual, coletivo ou comutação de pena.

Surge, por fim, a indagação temporal: as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base? A Segunda Turma, com o meu voto, respondeu negativamente à questão quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.174/RJ, relatado pelo ministro Francisco Rezek. No acórdão, veiculado no Diário da Justiça de 17 de maio de 1996, proclamou que a incidência penal só servirá para agravar a medida da pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver sido dada como firme em momento prévio. Em síntese, é considerado o quadro existente na data da prática delituosa.

Desprovejo o recurso, deixando de agasalhar o que alegado sobre a ofensa ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, mas não sem deixar de ressaltar, uma vez mais, que, sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este, aquele, e que os institutos, as expressões e o vocábulos têm sentido próprio e, diria mesmo, coerente.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho que me retirar dentro de alguns minutos; peço licença aos eminentes Pares para adiantar meu voto.

Eu tenho uma posição que venho adotando desde os meus tempos do Tribunal de Alçada Criminal, que, *data venia*, é no sentido contrário ao de Sua Excelência, o Relator.

Eu entendo que o artigo 59 é um artigo, tal como disse o eminente Procurador-Geral da República, multifacetado, que compreende diversos aspectos que devem ser considerados pelo juiz para dosar a pena, dentre eles a culpabilidade,

[18] *Habeas Corpus* nº 76.631/SP, de minha relatoria, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998.
[19] Recurso Extraordinário nº 229.382/SP, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 31 de outubro de 2002.
[20] Sobre a prescrição da pretensão punitiva, confiram o Recurso em *Habeas Corpus* nº 80.071/RS, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de abril de 2004.

os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além de outros. Ou seja, este artigo entrega ao prudente arbítrio do juiz a possibilidade de dosar a pena de maneira a fazê-la suficiente - como diz aqui o *caput* do artigo 59 - para a reprovação e prevenção do crime.

Eu tenho para mim que, quando o legislador, aqui no artigo 59, se refere aos antecedentes, não se confundem estes antecedentes com aqueles que agravam a pena no artigo 61, I, qual seja, especificamente, a reincidência. Nós todos, como julgadores criminais, nos deparamos muitas vezes com uma extensíssima ficha criminal de determinado réu: várias passagens pela polícia, dezenas de ações penais em andamento, muitas vezes relativas a um mesmo fato objeto do processo em julgamento. Isso, de alguma forma, a meu ver, precisa ser considerado, e o juiz, dentro da sua discricionariedade, dentro do seu prudente arbítrio, pode, baseado no artigo 59, a meu ver, dosar a pena, levando em consideração os antecedentes.

É por isso mesmo que o primeiro ato do juiz, antes mesmo de determinar prosseguir o julgamento, proceder a um juízo de culpabilidade e, finalmente, fixar a pena, ele faz a juntada dos antecedentes criminais do réu. E esses antecedentes servem para alguma coisa, não apenas para o artigo 61, I, que é justamente agravante relativo à reincidência, mas também para poder melhor avaliar o que se chama de circunstância judicial.

Então, pedindo vênia ao eminente Relator, eu voto no sentido de prover o recurso do Ministério Público, não sem antes dizer que supero a prejudicial de conhecimento porque entendo que, em uma repercussão geral, nós julgamos teses e não fatos concretos. Isso evidentemente sem prejuízo de se assentar eventual prescrição, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, eu normalmente sou o primeiro a votar depois do Relator e, portanto, não posso me beneficiar de uma eventual dialética que se forme pela manifestação de posições contrárias. Mas, neste caso, diante da antecipação do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, eu tenho esta oportunidade e, tendo ouvido os dois votos, gostaria de fazer uma brevíssima reflexão nessa matéria.

Senhor Presidente, Vossa Excelência está chegando agora, mas nós estamos discutindo especificamente a questão dos antecedentes previstos no art. 59 e a legitimidade constitucional, ou não, de se levar em conta inquéritos e processos judiciais não transitados em julgado como critério de maus antecedentes para a fixação e, eventualmente, majoração da pena-base como circunstância judicial de majoração da pena-base.

Eu acho que esta questão e o voto alentado do Ministro Marco Aurélio trazem um pouco a reflexão sobre o sistema punitivo no Brasil. O Brasil, como todos nós sabemos, tem um sistema punitivo que alterna truculência e impunidade. Nós, frequentemente, somos muito duros com os mais pobres e extremamente mansos com os mais ricos.

O Ministro Fux, a Ministra Rosa e eu ainda discutíamos, na sessão da Primeira Turma, desta semana, a questão da insignificância e como, em certos casos, pequenos furtos, por envolverem reincidência, a jurisprudência não admite a atipicidade por insignificância. E casos de sonegação ou de descaminhos, às vezes de dez, vinte mil reais, caem em uma jurisprudência favorável, o que é evidentemente um reforço desse caráter seletivo do Direito Penal Brasileiro, que eu acho que nós precisamos repensar aqui.

Devo dizer, Presidente e eminente Relator, que eu sou defensor de um Direito Penal pequeno, o que significa dizer, um Direito Penal sem excesso de criminalização e um Direito Penal sem excesso de exacerbação de penas. Mas, ao lado de um Direito Penal pequeno, nós precisamos ter um Direito Penal sério, célere e, se possível, eficiente.

Eu concordo com o eminente Defensor Público da União, Doutor João Alberto Simões Pires Franco, na sua alentada, profícua sustentação, que o Direito Penal não é o mecanismo ideal para lidarmos com questões sociais e, portanto, ninguém imaginará que possa resolver problemas sociais endurecendo o Direito Penal. Mas o Direito Penal, não obstante isso, tem um papel importante, porque alguma dose de repressão penal é indispensável para a proteção dos direitos fundamentais em muitas circunstâncias.

De modo que, a despeito das deficiências do sistema penal brasileiro, os caracteres preventivo, individual e geral da pena, eu acho que ainda desempenham uma função correspondente aos deveres de proteção do Estado em relação aos cidadãos em geral. Portanto, eu penso que o Direito Penal tem um papel relevante, embora não exacerbado, dentro de uma sociedade democrática.

O grande problema, Presidente, que vejo hoje no Brasil, é que o sistema punitivo entre nós encontra-se extremamente desarrumado. Acho que ele está desarrumado do ponto de vista filosófico e acho que ele está desarrumado do ponto de vista normativo. O sistema punitivo é o sistema que envolve a Polícia, o Ministério Público, o Judiciário e o Sistema Penitenciário. E, sob a Constituição de 1988, nós conseguimos grandes avanços institucionais para o Ministério Público, conseguimos grandes avanços institucionais para o Poder Judiciário, mas a porta de entrada do sistema, que é a Polícia, e a porta de saída do sistema, que é o Sistema Penitenciário, ainda vivem momentos de grande dificuldade. E, portanto, é preciso investir energia e recursos na qualificação, na valorização da Polícia, e é preciso investir recursos no Sistema Penitenciário. Portanto, há o reconhecimento deste estado de desarrumação do Direito Penal brasileiro, do Direito Processual Penal brasileiro, acho que faz parte do nosso papel reflexivo como órgão de cúpula do Poder Judiciário e acho que nós temos deveres de contribuir para esta reflexão e para este aprimoramento.

Na questão específica do artigo 59, saber se a existência de processos judiciais sem trânsito em julgado pode ou não ser computada para fins de majoração da pena, manifestaram-se duas posições: a do Ministro Marco Aurélio, que entende

que, neste caso, há violação ao princípio da presunção da inocência ou, como Sua Excelência se referiu, ao princípio da não culpabilidade, e a posição manifestada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que a presunção da inocência não impediria a consideração dos maus antecedentes.

Senhor Presidente, dentro desta minha perspectiva de não exacerbação do Direito Penal, nesta quadra da vida brasileira, eu estou aderindo à posição do Ministro Marco Aurélio. Penso que não seria fora de propósito cogitar-se que, na hipótese de haver condenação em Primeiro Grau, portanto, ainda que não transitado em julgado, ou condenação em Segundo Grau, ainda que não transitado em julgado, se pudesse considerar rompida a presunção de inocência. Eu devo dizer que eu me disponho a este debate, porém, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Eros Grau, e com votação expressiva, entendeu que a presunção de inocência somente se rompia a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória. E, ainda, quando esta posição possa não ser pacífica, esta, ainda, é a posição dominante no Plenário, que talvez, em algum momento, se tenha que rediscutir. Portanto, há manifestação do Plenário do Supremo no sentido de que, antes do trânsito em julgado, não se possa considerar rompido o princípio da não culpabilidade.

De modo que, prestigiando a interpretação do artigo 5º, inciso LVII, que ainda hoje vigora no Plenário, eu estou entendendo que a falta de trânsito em julgado não é possível levar em conta, para fins de maus antecedentes, a existência de inquéritos ou de processos judiciais nas hipóteses em que não haja o trânsito em julgado.

Portanto, Presidente, eu estou acompanhando o eminente Relator e negando provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, também reafirmo a jurisprudência do Supremo votando com o Relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, sem prejuízo de, quem sabe, refletir melhor sobre o tema, parece-me, com todo o respeito, que considerar a existência de inquéritos e de ações penais em andamento para efeito de avaliação da conduta do acusado não implicaria, por si só, sopesadas as peculiaridades do caso, afronta ao princípio da presunção da inocência.

Por outro lado, fiquei vencida, aqui no Plenário, quando examinamos a minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, quanto à configuração ou não do *bis in idem* na avaliação da quantidade e qualidade de droga para efeito de fixação da fração. E eu, vencida – e hoje aplicando a jurisprudência do Supremo –, entendia

que não se configurava, no caso, *bis in idem*. A quantidade e qualidade de droga transportada e envolvida seriam indícios de um maior envolvimento do acusado, ou de algum envolvimento, pelo menos, em uma organização criminosa. Entendi que, na verdade, não havia o *bis in idem*. Então, é nessa mesma linha.

Fico eu a pensar: o juiz, por imperativo constitucional, há de individualizar a pena. Então se depara com um acusado e entende de emitir o juízo condenatório. Ao momento da dosimetria da pena, percebe que aquele cidadão possui uns cem números de inquéritos e de ações em andamento. Por outro lado, na Primeira Turma, fico vencida no caso do princípio da insignificância, porque entendo que se configura hipótese de atipicidade de conduta, mesmo em caso de reincidência. A Primeira Turma entende que não: havendo reincidência, não vamos... Óbvio que a reincidência é outro instituto, não se trata, aqui, dos maus antecedentes.

Na minha avaliação, não haveria afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência o juiz não entender de uma forma matemática: há um inquérito em andamento. Óbvio. Ou uma ação penal. Ele pode ser absolvido. Seria iníquo se o juiz assim procedesse. Mas ele pode considerar, diante de grande número de ações e de inquéritos, ainda que nenhum deles solucionado por decisão com trânsito em julgado, para efeito de uma pequena... Então, tenho dificuldade de emitir um juízo de inconstitucionalidade, aqui, no caso, de afronta a um princípio consagrado na Constituição.

Subscrevo – pelo menos, por hora, no meu atual estágio de reflexão sobre o tema – as considerações da divergência aberta pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Peço vênia ao eminente Relator e aos colegas que me antecederam para acompanhar Sua Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e magistrados presentes, de outros países, estudantes.

Senhor Presidente, num primeiro momento, é preciso que nós consideremos, em relação a esse caso, uma visão consequencialista do resultado do julgamento. Nós estamos num caso de juizados especiais em que houve uma transação penal e, por força da transação penal, não é possível mais certificar a existência de ações.

Sucede que essa tese de que os inquéritos e os processos em andamento não são levados em consideração para aferir os antecedentes do réu, como tese genérica em si, pode ser aplicada aos crimes mais hediondos que se pode imaginar. Quer dizer, há vários processos pendentes de crimes hediondos, e, na aplicação da pena, o juiz não poderia levar isso em consideração. E há caso inclusive em que há prova, *prima facie*, evidente. Não é que seja uma condenação evidente, mas é uma prova, *prima facie*, evidente.

E, por outro lado, só *en passant*, sua origem é história, a presunção de inocência, na realidade - não é um princípio, é uma regra que admite, portanto, interpretação teleológica e sistêmica -, ela veio exatamente para evitar que a pessoa não fosse considerada culpada independentemente de processada, porque era a vitória sobre o autoritarismo do velho regime francês.

Então, quando debatemos aqui a Lei da Ficha Limpa, tivemos a oportunidade de observar o alcance do princípio da presunção de inocência, porque seria efetivamente inaplicável, no sistema brasileiro, só se considerar uma pessoa culpada depois que a decisão transitasse em julgado. É exatamente a situação retratada cotidianamente em que há uma denúncia recebida, há uma sentença condenatória, há uma apelação que confirma a condenação, há uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que confirma a condenação, e é absolutamente impossível que consideremos que o cidadão é presumido inocente porque ainda não passou pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público faz um destaque aqui que parece um destaque simples, que não exige esforço hermenêutico:

> "(...) Antecedente exige pouco trabalho hermenêutico porque resta traçado nos limites da presunção de inocência, devendo tomar-se como antecedente tudo aquilo que antecede ao fato criminoso (...)" - ou seja, a vida *ante acta* do réu.

Ora, desde há muito que se afirma que - como a Ministra Rosa Weber deixou claro - o fato de se levar em consideração os maus antecedentes do réu não significa, de início, uma condenação; isso vai fazer parte de um processo de valoração pelo juiz no momento da sentença. E a sanção penal talvez seja o núcleo essencial dos escopos do Direito Penal, que é a sua exemplariedade. Então, se vamos levar em consideração que o tratamento tem que ser igual para quem nunca praticou crime, e deferisse o mesmo tratamento para aquele que tem processos e inquéritos pendentes, efetivamente haverá não uma violação do princípio da presunção de inocência, mas flagrante violação do princípio da isonomia.

E, nesse particular, só gostaria de relembrar uma velha passagem do professor Hélio Tornaghi, quando ele afirmava, na sua obra "Manual de Processo Penal: Prisão e Liberdade", o seguinte:

> "(...) Não há motivo para presumir bom quem praticou ato ilícito; presume-se mal quem sempre foi mal; presume-se ter agido de má-fé quem compra contrariando a lei; quem pratica lesão presume-se que o fez, em princípio, conforme a lei, dolosamente.
>
> A verdade nessa matéria é que só o confronto com o que, no

> passado, normalmente aconteceu pode levar a uma presunção, pró ou contra (...)".

De sorte, Senhor Presidente, que a presunção de inocência não impede que o juízo, no momento da fixação da pena, possa valorar a vida *ante acta* do réu à luz da prática de seus ilícitos e dos processos que ele responde. E, por outro lado, no meu modo de ver, assiste inteira razão ao Ministério Público quando aduz que, ainda que se admita a presunção de inocência como princípio, ele tem que ser sopesado pelos demais princípios, dentre os quais o princípio da isonomia.

E, por fim, o professor Alexy afirma que o Estado também tem o direito fundamental, que sobrepõe-se ao direito individual, de impor a sua ordem penal.

Então, de acordo com esses fundamentos, no momento, tendo em vista que essa tese transcende a um mero caso de juizado especial, prefiro, em vez de adotar uma postura minimalista de assentar como repercussão geral que, nos processos de juizados especiais em que há transação penal, o juiz, no processo subsequente, não pode levar em consideração os antecedentes - e como aqui a tese está sendo tratada em abstrato e pode ser praticada para quem tem inquéritos e processos pendentes de crimes hediondos, inclusive -, fazer uma opção consequencialista pela posição adotada pela divergência aberta pelo Ministro Lewandowski a qual foi acompanhada pela Ministra Rosa Weber.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu também peço vênia ao Ministro-Relator, mas mantenho a posição que venho adotando, no sentido de que, neste caso, não se estaria diante de uma posição de gravame ao princípio da presunção de não culpabilidade penal. Porque, tal como já foi, aqui, tanto levantado pelo Ministro Lewandowski, quanto pela Ministra Rosa e, agora, pelo Ministro Fux, com a vênia do Relator e dos que o acompanharam, tenho para mim que os princípios se conjugam para uma interpretação. E, dentro dessa visão, eu acho que o princípio da igualdade, ou seja, tratar aqueles que estão nas mesmas condições, e diferentemente os que diferem, até mesmo para efeito de o juiz exercer o seu convencimento quanto aos antecedentes, não agride em nada o sistema constitucional.

Ademais, não haveria como se individualizar a pena, se se tivesse que adotar ou afastar necessariamente, em face da alegação do princípio da presunção de não culpabilidade penal, os antecedentes que pelo menos poderiam demonstrar ou conduzir a que aquela pessoa tivesse uma prática diferente de outro que jamais tivesse tido qualquer prática, ou que tivesse, pela primeira vez, errado ou pelo menos penalmente errado.

Por isso, Senhor Presidente, com todas as vênias ao Ministro-Relator, que fez um voto primoroso, como sempre, e dos Ministros que o acompanharam, eu voto no sentido de prover o recurso do Ministério Público e considerar, portanto, inexistente qualquer mácula, qualquer vício no aproveitamento possível de eventuais pendências processuais penais em relação à determinada pessoa para aquilatar os antecedentes.

É como voto, Senhor Presidente.

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, permita-me: esqueci a questão da prescrição. E, então, eu estaria a pronunciar a prescrição da pretensão punitiva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Falamos da tese, e não do resultado no caso concreto.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Caso concreto. Não, no caso concreto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, no caso concreto; sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Voto na tese. Obrigada, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente, também eu, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tal como já foi apontado pelo eminente Relator, eu tenho hoje posição muito clara no sentido da posição defendida, tanto no Plenário, como nós temos reiterado na Turma, no sentido de reconhecer aqui – pelo menos, é essa orientação até agora dominante – que a mera existência de inquéritos ou de ações penais em andamento não pode ser considerada caracterizadora de maus antecedentes, sob pena de violar o princípio constitucional da não culpabilidade.

Eu entendo e sei que o ambiente que se criou em torno da insegurança pública hoje dominante sugere e, de alguma forma, não há como nós ficarmos alheios a todo esse quadro. E sabemos que, de alguma forma, em alguma das nossas cidades, o quadro de insegurança pública é realmente dominante.

Eu li esses dias um artigo de um Professor alemão, de Bonn, Josef Isensee, em que ele trabalhava a ideia de segurança e liberdade, dizendo que, na verdade, sem um quadro de segurança, nós perdemos a liberdade.

E isso é mais ou menos óbvio quando nós vemos as nossas grandes cidades, em que há as cercas aí para a proteção das residências, todos os mecanismos que temos de segurança, os carros blindados, e esse é um dado que chama a atenção. E, claro, a reação.

Ainda agora, antes de vir para cá, vi o anúncio de novas medidas de recrudescimento penal que estão sendo discutidas no Congresso Nacional, a transformação desses e daqueles delitos em crimes hediondos.

E aí também nós verificamos um dado interessante, e acho que é digno de nota, a partir, inclusive, da fala do Ministro Barroso. Na verdade, nós temos um grande problema na área de segurança pública – e isso ficou evidente nos dados do CNJ – a partir do mau funcionamento – vamos chamar assim – do aparato repressivo criminal como um todo, inclusive da Justiça Criminal.

Nós temos uma discussão na Turma sobre, por exemplo, a necessidade da preclusão, agora - antes, falava-se em trânsito em julgado -, da sentença de pronúncia para trazer alguém ao Júri. Nós estamos levando, Ministro Barroso, algo em torno de dez a doze anos para trazer alguém para julgamento perante o Tribunal do Júri. Muito provavelmente, se ele estiver com um decreto de prisão preventiva, acabará cumprindo a pena.

Portanto, isso fala mal do funcionamento da Justiça Criminal. E aí temos todas essas incongruências no sistema: pessoas que ficam presas e depois não se confirma, são absolvidas; pessoas que nunca foram presas, e quando vem uma sentença, já houve a prescrição. Em suma, todas essas assimetrias que têm a ver realmente com a desfuncionalidade desse sistema de Justiça Criminal.

E aí eu estou me referindo aos passos que vão desde o inquérito, passando pela denúncia, e depois também a sentença.

Eu, por exemplo, nessa linha de discussão, lembro-me do debate que travamos sobre um outro tema – que é relevante e está conexo com este – que é a questão da necessidade do trânsito em julgado para determinar a prisão, que foi uma revisão de jurisprudência liderada – creio que inicialmente – pelo Ministro Peluso. E, em função, inclusive também, de um juízo de consequência que agora foi referido pelo Ministro Fux, eu tenho pensado muito. Eu tenho pensado muito na necessidade de que nós revisitemos essa questão – à época era posição pacífica da Corte; não estou tratando agora de maus antecedentes, estou falando da questão da prisão – de que, se fosse decisão de tribunal, justificava-se já o decreto de prisão. É verdade que, naquele momento, deixou-se uma brecha dizendo que, se houvesse fundamento, sim, para o decreto de prisão preventiva, poder-se-ia fazer. Mas, em muitos casos, quando a gente faz a verificação prática da consistência desse juízo, nós sabemos que não temos como justificar. Se não se trata de alguém que possa perpetrar continuidade delitiva, ferir a ordem pública, será muito difícil justificar a prisão cautelar já em Segundo Grau, tendo em vista as premissas assentadas pelo Tribunal.

E a mim me parece que essa decisão realmente está hoje, em muitos casos, em descompasso com tudo aquilo que se pede em termos de maior efetividade do sistema de Justiça Criminal. Então, eu tenho impressão que os temas precisam realmente ser revisitados.

Mas aqui nós temos enorme dificuldade - como foi apontado inclusive pelo eminente Relator no seu cuidadoso voto - de fazer as distinções. Um inquérito, dois inquéritos ou dez inquéritos, muitas vezes, só ficam como inquéritos em função também da ineficiência desse sistema. Quer dizer, a Justiça Criminal não tem passo, e, por isso, nós ficamos nesse quadro de indefinição.

Tendo em vista a complexidade desse tema, entendendo as razões da divergência, eu vou me somar, tal como já tinha feito em outros momentos, ao voto do eminente Relator. Mas acho que a nossa responsabilidade, estou convencido, é enorme, é muito grande.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Vossa Excelência me permite? Só para participar deste debate, alinhando-me às preocupações de Vossa Excelência.

A minha primeira preocupação aqui é que nós, se votássemos no sentido da divergência, estaríamos tornando mais dura a jurisprudência, porque o Superior Tribunal de Justiça tem uma súmula que entende que não pode utilizar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

No voto que proferi, disse que os dois órgãos fracionados do Supremo estão decidindo no sentido de não levar em conta ações penais e inquéritos em andamento. Há mais: existe a possibilidade de uma decisão em sentido contrário. O ministro Celso de Mello e o ministro Dias Toffoli afastam a consideração dos inquéritos e ações penais em curso sob o ângulo dos antecedentes.

Agora, não sei... Falei muito, em meu voto, em coerência, em pronunciamento científico, em afastamento de perplexidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A tese da súmula, nós estaríamos exacerbando. Então, num momento em que o sistema já está congestionado e não está dando conta, nós estaríamos sobrecarregando o sistema, aumentando a carga de punitividade, quando todos nós aqui achamos – o Ministro Gilmar, e esse é o ponto a que eu queria chegar – que não é o recrudescimento da resposta penal que vai enfrentar a criminalidade, é a eficiência mínima da eficiência penal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É a falta de resposta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, isso que Vossa Excelência observou, que se leva dez, doze anos para realizar um Tribunal do Júri, é um escândalo. Quer dizer, eu acho que, num modelo ideal – e um dia nós vamos conseguir construir –, o juiz vai estabelecer assim, ao receber o processo ou a denúncia: eu vou julgar esse processo daqui a oito meses ou daqui a um ano, de acordo com a complexidade que vislumbre. E o Ministério Público e as partes vão produzir as suas provas, e o julgamento será feito. Portanto, a ideia de celeridade processual, quer dizer, respeitado o devido processo legal, o contraditório, é que trabalhar pela demora não pode ser a principal estratégia de defesa.

Eu acho que nós vamos, um dia, conseguir produzir um sistema, Ministro Gilmar, em que nós concentraremos a energia na eficiência do sistema e não no recrudescimento das penas, como eu também li a mesma matéria no jornal. Então, não punimos, porque a pena é de cinco anos, portanto passa a pena para dez, e continua não punindo. Logo, é um equívoco de abordagem.

Eu concordo com a reflexão que Vossa Excelência faz e estou aderindo a ela também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Continua prescrevendo no final também.

Eu acompanho o eminente Relator, tal como havia feito em relação aos temas quando julgamos na Turma.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, gostaria de fazer apenas uma pequena observação.

De fato, na Primeira Turma, eu, por exemplo, tenho o hábito de levar os meus votos adequados à jurisprudência prevalecente da Turma.

Mesmo no caso, por exemplo, a que me referi, do princípio da insignificância, já levo a minha posição vencida.

O Ministro Marco Aurélio tem toda razão no sentido de que nós temos decisões recentes, inclusive acórdão de minha relatoria, na linha do voto proposto por Sua Excelência.

Mas entendo que, na hora do debate no Plenário sobre a tese, sobre o tema, eu devo expressar a minha compreensão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Exteriorizei preocupação e, talvez, uma ponderação: conheço o ponto de vista do Ministro Presidente, que tempera a problemática. Se os dois colegas que estão ausentes estivessem compondo o Tribunal hoje, a decisão seria pelo desprovimento do recurso por seis a cinco. Estamos a julgar um recurso extraordinário, repito, sob o ângulo da repercussão e com o risco de adotar posição contrária não só a verbete da súmula do Superior Tribunal de Justiça, como também a doutrina, inclusive com a reformulação que houve, considerado o nosso Cezar Bitencourt.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vamos suspender o julgamento para aguardar o voto dos Colegas.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Porém há a questão da prescrição.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - A minha posição é conhecida sobre essa problemática, mas confesso que, por pudor, não participarei do julgamento, porque estive ausente durante parte substancial do debate, não conheço, portanto, detalhes do que foi aqui debatido.

Suspendo o julgamento para colher os votos dos Colegas ausentes e, eventualmente, o meu voto, se for o caso, quando a questão voltar, retornar ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E fica o empate, até aqui, de quatro votos a quatro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Acabei omitindo o autor do artigo a que me referi, no início da Sessão, publicado no Globo, sob o título "O que o Supremo Precisa". É do Professor Joaquim Falcão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Eu não li esse artigo; esta semana, eu não tive tempo, nem cabeça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O teor do artigo é interessante.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECDO.(A/S): SANDRO GASPARI

ADV.(A/S): SANDRO SPRICIGO

INTDO.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola, o Ministro Dias Toffoli. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo interessado, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu Assessor-Chefe do Plenário

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - 1. Senhor Presidente, tendo já votado em sessão anterior, peço licença para fazer uma complementação, que representa uma ressalva. A controvérsia acerca da utilização, na dosimetria da pena, de condenações em outros processos sem decisão transitada em julgado, diz respeito ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição ("Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"). De ordinário decorrem desse princípio, como seu conteúdo mínimo, entre outras, as seguintes consequências: (a) restrição à aplicação de medidas de natureza sancionatória no curso da instrução penal; (b) carga à acusação do ônus probatório de culpabilidade, dispensado o réu de provar sua inocência; e (c) vedação à declaração de culpabilidade do réu antes do trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. A propósito, registrou o Ministro Celso de Mello, em voto nesta Suprema Corte:

> [...] Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet* [...]" (HC 73338/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, DJ 19/12/1996, p. 51766).

2. Como desdobramento desse raciocínio, o Plenário da Corte já decidiu exemplificativamente que: (a) a proibição à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) é inconstitucional (HC 104339/SP, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012); (b) o conhecimento dos recursos interpostos pela defesa deve ocorrer independentemente do recolhimento do réu à prisão (RHC 83810/RJ, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23/10/2009); (c)

a execução antecipada da pena privativa de liberdade autorizada pelo art. 637 do Código de Processo Penal, na pendência de julgamento de recurso extraordinário, é inconstitucional (HC 84078/MG, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 26/02/2010); (d) o denunciado pode aguardar a decisão judicial sobre o recebimento da denúncia para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Pet 3898/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 18/12/2009); e (e), reconhecendo seu efeito irradiante no processo eleitoral, a inelegibilidade em virtude de ato de improbidade só pode ocorrer com o trânsito em julgado da decisão condenatória (ADPF 144/DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/02/2010).

3. A questão que agora se coloca envolve, de alguma forma, o sentido e o alcance que tem o princípio da presunção de inocência em face da norma do art. 59 do Código Penal, que trata da primeira fase da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, a saber:

> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
>
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
>
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
>
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
>
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Embora se encontrem algumas decisões divergentes no âmbito da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é fato que tanto esta Suprema Corte como o Superior Tribunal de Justiça – intérprete constitucionalmente qualificado da legislação federal, penal inclusive – seguem claramente a linha de vedar a ponderação, como maus antecedentes, de inquéritos e ações penais em curso, inclusive com sentença penal condenatória recorrível.

4. Na sessão de 4 de abril de 2013, ao julgar o RE 453.000, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, e dos HC 93411, 93851 e 94711, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, o Plenário decidiu que concretiza o princípio constitucional da individualização da pena a avaliação, na sentença penal, do perfil do condenado e o tratamento diferenciado entre aqueles que praticaram a primeira infração e os que possuem condenações anteriores. Essa análise é feita nas três fases da dosimetria da

pena, com maior amplitude na primeira (art. 59), diante dos termos genéricos que utiliza em relação às situações específicas listadas na segunda (arts. 61/67) e terceira (art. 68) etapas. Assim, a consideração, na dosimetria da pena, de condenações não transitadas em julgado em outros processos, não importaria tratar o réu como condenado, mas conferir uma valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Dentro desses limites, mostra-se, mais do que oportuno, necessário que a Corte estabeleça em definitivo um critério minimamente objetivo para que não fique comprometido, portanto, o princípio da presunção de inocência, mas ao mesmo tempo se permita ao magistrado, fundamentadamente, individualizar a pena com observância do importante crivo dos antecedentes, sob pena de violar de outro lado o princípio da isonomia.

5. O exame geral do procedimento criminal só pode levar à conclusão de que o denominador comum dessas preocupações se acha na prolação da sentença condenatória, ainda que recorrível, por considerações que estão à vista de todos.

Em primeiro lugar, porque aí se manifesta órgão judicial, desvinculado do aparato repressivo propriamente dito, tanto na sua vertente administrativo-policial quanto em sua vertente ministerial-acusatória. Não apenas por gozar de garantias ímpares – no mais compartilhadas, na realidade brasileira, com o Ministério Público – nem apenas por constituir poder propriamente dito, integrante da tripartição constitucional, o juiz exerce papel efetivamente imparcial e sua primeira função é garantir o devido processo legal, cujo corolário do contraditório se deve – na altura da sentença penal – ter sido rigorosamente observado, sob pena de nulidade a ser reconhecida a qualquer tempo.

Em segundo lugar, porque a sentença penal recorrível, se de um lado não se acha ainda acobertada pelo manto da coisa julgada, tem sua incidência a agravar a pena em outro processo sujeita à reversão posterior pela via recursal ordinária tanto quanto teria, em caso de sentença penal condenatória transitada em julgado, pela via da revisão criminal, a qual comporta ampla rediscussão fática, nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
>
> I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
>
> II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
>
> III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

6. Ante o exposto, revejo minha posição original para admitir como legítimo o agravamento da pena-base (art. 59 do CP), desde que devidamente fundamentado, no caso de haver contra o réu sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado.

7. No caso, não há, nos procedimentos considerados para efeito de antecipação, nenhuma sentença condenatória. Assim, com as ressalvas agora indicadas, mantenho, no resultado, o voto anteriormente proferido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite? Eu me defrontei com essa questão quando judicava no Tribunal de Alçada Criminal, lá trabalhei durante seis anos da minha vida. E o forte desse Tribunal de Alçada Criminal eram justamente os casos de furto e roubo. Então nós tínhamos que, muitas vezes, rever a pena e sopesar os antecedentes tendo em conta a ficha criminal do réu. E nós decidíamos caso a caso, quando havia um ou outro inquérito policial, nós relevávamos e entendíamos que não era o caso, porque não havia trânsito em julgado. Mas na maior parte das vezes, sobretudo quando se tratava de casos de crimes contra o patrimônio praticados em São Paulo, uma cidade reconhecidamente violenta, nós nos deparávamos com réus que tinham uma extensíssima folha de antecedentes, com vários inquéritos policiais por furtos e roubos, muitas vezes quinze, vinte, demonstrando aquilo que a doutrina, usando o latim, chama de *perseverantia celeris*, ou seja, uma reiteração sempre criminosa. E nós sabemos que, na área criminal, os processos correm lentamente, mas para fins de sopesamento dos antecedentes, a mim bastava verificar que realmente se tratava de uma pessoa que era um profissional do crime.

Então, a minha posição também seria não no sentido de um sim ou um não pura e simplesmente, mas na linha agora levantada pelo eminente Ministro Teori Zavascki: avaliar caso a caso. Um pouco como, creio, estamos caminhando para decidir a questão dos crimes de bagatela, enfim, o princípio da insignificância.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu vou fazer juntada de voto. Já votei, no HC 106.157, Primeira Turma, de minha relatoria - entre outros julgados a que faço referência em meu voto por escrito -, no sentido de que, não havendo trânsito em julgado, não há que se falar em maus antecedentes. Nego provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Reproduzo excerto do voto que proferi no HC nº 106.157/SP, *in verbis*:

"[A] jurisprudência desta Suprema Corte já se orientou no sentido de que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, por si só - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes.

Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção **juris tantum** de não culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o **status** jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes**.**

O Código Penal, ao definir as circunstâncias judiciais que deverão orientar o magistrado na fixação da pena-base (CP**,** art. 59), determina que se considerem, dentre outros elementos, os antecedentes do réu.

O ato judicial de fixação da pena, contudo, não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido (ou estar sendo) o réu submetido a procedimento penal-persecutório, sem que desse haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal.

Como enfatizado pelo eminente Ministro **Celso de Mello** no HC nº 69.298/AC (Primeira Turma, DJ 15/12/06),

'a submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais - ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório - não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção 'juris tantum' de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII)'.

A doutrina penal, pronunciando-se a respeito do tema ora em exame, rejeita, sumariamente, a possibilidade de se fixar a pena-base com fundamento em situações de absoluta neutralidade condenatória, que só evidenciem a existência de simples **persecutio criminis**, sem qualquer e definitivo pronunciamento jurisdicional contra o acusado.

Por isso mesmo, assinala **Damásio E. de Jesus** (***Código Penal anotado.*** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 140/141),

'não devem ser considerados como antecedentes, prejudicando o réu, processos em curso (TACrimSP, RvCrim 124.212, JTACrimSP, 78:14); inquéritos em andamento (TACrimSP, RvCrim 124.212,

JTACrim, 78:14); sentenças condenatórias ainda não confirmadas (TACrimSP, RvCrim 121.212, JTACrimSP, 78:14); simples indiciamento em inquérito policial (TACrimSP, ACrim 331.713, RT, 586:338); fatos posteriores não relacionados com o crime (TFR, ACrim 6.448, DJU, 14 nov. 1985, p. 20.614); fatos anteriores à maioridade penal (TACrimSP, ACrim 245.015, JTACrimSP, 67:310); sentenças absolutórias (RT, 572:391); referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si (JACRimSP, 65/67); simples denúncia (JTACrimSP, 49:243); periculosidade (JTACrimSP, 54:425); e revelia, de natureza estritamente processual (TACrimSP, HC 155.748, JTACrimSP, 90:88)'.

Também perfilha igual orientação o magistério de **Celso Delmanto** (***Código Penal comentado***. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274), cuja lição acentua que, na dosagem das sanções penais, 'processos ou inquérito em curso, não devem ser considerados como maus antecedentes, diante da garantia constitucional de presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII, PIDCP, art. 14, 2; CADH, art. 8º, 2, primeira parte)'.

Esse entendimento – em conformidade com a presunção constitucional de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) - adverte, corretamente, com apoio na jurisprudência consolidada dos Tribunais (RT 418/286 - RT 422/307 - RT 572/391 - RT 586/338), que processos penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento, ou, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento judicial absolutório, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Suprema Corte: HC nº 102.968/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 4/11/10; HC nº 96.618/SP, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Eros Grau**, DJe de 26/6/10; RE nº 535.477-AgR/SP, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Eros Grau**, DJe de 14/11/08; HC nº 84.687/MS, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Celso de Mello**, DJ de 27/10/06; RHC nº 80.071/RS, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Marco Aurélio**, DJ de 2/4/04; HC nº 79.966/SP, Segunda Turma, redator para o acórdão Min. **Celso de Mello**, DJ de 29/8/03, entre outros.

No caso em análise, inclusive, conforme certidão acostada aos autos, foi o paciente absolvido daquela segunda imputação por crime de homicídio (Proc. Nº 052.04.003456-0/00), a demonstrar a abusiva consideração desse elemento como único fato de exasperação da reprimenda corporal imposta ao paciente no

> feito ora em exame.
>
> Nessa conformidade, ausente, na espécie, qualquer título penal condenatório contra o paciente, reputo arbitrária a exacerbação da pena que lhe foi imposta, pelo que concedo, de ofício, a ordem para reduzir-se a pena do ora paciente ao seu mínimo legal (quatro anos de reclusão), determinando, consequentemente, ao Juízo responsável pela execução da pena que reexamine o regime prisional adotado e imponha aquele que seja adequado à espécie, considerando, inclusive, a possibilidade de se aplicar ao caso o art. 44 do Código Penal" (Primeira Turma, DJe de 20/2/14).

Como assentei naquele julgamento, a existência de inquéritos ou de ações penais não acobertadas pelo manto da coisa julgada não podem ser consideradas como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Assim, com a devida vênia daqueles que divergem desse entendimento, acompanho o voto do eminente Relator pelo **não provimento** do recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também entendo, Senhor Presidente, não assistir razão ao Ministério Público, *parte ora recorrente*, no ponto em que busca reformar o acórdão **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça local, que, de modo absolutamente correto, **proclamou que processos penais em andamento** "não podem ser considerados como maus antecedentes", **sob pena de desrespeito** *à presunção constitucional de inocência* (CF, art. 5º, inciso LVII).

Sempre sustentei, em decisões **proferidas** nesta Suprema Corte, **a posição** externada no acórdão objeto **do presente** recurso extraordinário, salientando, em decorrência **da própria** força normativa **de que se reveste** o postulado constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), que a mera existência de procedimentos penais ainda em tramitação não basta para autorizar a formulação, contra o investigado **ou** o réu, de um juízo **negativo** de maus antecedentes.

Ao assim decidir (RTJ 136/627 – RTJ 139/885 – HC 69.298/RJ, *v.g.*), **tenho enfatizado** que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais **ou** a persecuções criminais *ainda em curso* não basta, *só por si* – ante a inexistência de condenação penal transitada em julgado –, para justificar o reconhecimento de que o réu **não possui** bons antecedentes.

Na realidade, a simples existência de situações processuais ainda pendentes de definição revela-se insuficiente para legitimar a formulação de juízo de desvalor quanto à "*vita anteacta*" **referente** ao acusado que não sofreu condenação penal irrecorrível.

O ato judicial de fixação da pena, *por isso mesmo*, não **poderá emprestar** relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem **haver sido** (**ou estar sendo**) *o réu* submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, **qualquer** condenação de índole penal.

A submissão de uma pessoa **a meros** inquéritos policiais – ou, *ainda*, a persecuções criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, *qualquer* título penal condenatório – não se reveste *de suficiente idoneidade jurídica* para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção "*juris tantum*" de inocência dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII).

A doutrina penal, pronunciando-se a respeito do tema ora em exame, rejeita a possibilidade de fixar-se a pena-base **com fundamento** em situações de absoluta neutralidade condenatória, que só evidenciem a existência de simples "*persecutio criminis*", sem qualquer e definitivo pronunciamento jurisdicional contra o acusado.

Por isso mesmo, assinala DAMÁSIO E. DE JESUS, *em magistério irrepreensível* ("**Código Penal Anotado**", p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva), que "não devem ser considerados ***como antecedentes,*** prejudicando ***o réu***, processos em curso *(TACrimSP, RvCrim 124.212, JTACrimSP, 78:14);* inquéritos em andamento *(TACrimSP, RvCrim 124.212, JTACrim, 78:14);* sentenças condenatórias ainda não confirmadas *(TACrimSP, RvCrim 121.212, JTACrimSP, 78:14);* simples indiciamento em inquérito policial *(TACrimSP, ACrim 331.713, RT, 586:338);* fatos posteriores não relacionados com o crime *(TFR, ACrim 6.448, DJU, 14 nov. 1985, p. 20.614);* fatos anteriores à maioridade penal *(TACrimSP, ACrim 245.015, JTACrimSP, 67:310);* sentenças absolutórias *(RT, 572:391);* referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si *(JACRimSP, 65/67);* simples denúncia *(JTACrimSP, 49:243);* periculosidade *(JTACrimSP, 54:425);* **e** revelia*, de natureza estritamente processual (TACrimSP, HC 155.748, JTACrimSP, 90:88)*".

Esse entendimento – *que presta obséquio à presunção constitucional de inocência* (CF, art. 5º, LVII) – adverte, corretamente, com apoio na jurisprudência dos Tribunais (RT 418/286 – RT 422/307 – RT 572/391 – RT 586/338), como já enfatizado, que processos penais **em curso**, ou inquéritos policiais **em andamento**, ou, *até mesmo*, condenações criminais **ainda** sujeitas a recurso **não podem** ser considerados, enquanto episódios processuais **suscetíveis** de pronunciamento judicial **absolutório**, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu.

Saliento, *por relevante*, que a Terceira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, apoiando-se *nessas mesmas razões* (HC 81.866/DF, Rel. Min. JANE SILVA – HC 96.670/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 97.857/SP, Rel. Min. OG FERNANDES – HC 106.089/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – HC 128.800/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER – HC 142.241/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – HC 150.266/MS, Rel.

Min. HAROLDO RODRIGUES – REsp 730.352/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – REsp 898.854/PR, Rel. Min. GILSON DIPP), editou a Súmula 444/STJ, cujo enunciado **possui** o seguinte teor: "É vedada *a utilização de inquéritos policiais* e *ações penais em curso* para agravar *a pena-base*" (**grifei**).

O **eventual** acolhimento, *no caso ora em exame*, da postulação recursal do Ministério Público **implicaria** frontal transgressão ao princípio de que todos, *sem exceção*, presumem-se inocentes, qualquer que seja a natureza dos crimes cuja prática lhes tenha sido imputada, **até que sobrevenha** o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É preciso, desse modo, dar consequência **e** conferir real efetividade a esse dogma **inerente** ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, **a presunção de inocência** – *que se dirige ao Estado* (para impor **limitações** ao seu poder, qualificando-se, *sob tal perspectiva*, como típica garantia *de índole constitucional*) e que também se destina ao indivíduo (como direito fundamental por este titularizado) – representa *uma notável conquista histórica dos cidadãos* em sua permanente luta **contra** a opressão do poder.

É interessante registrar, *no ponto*, em reflexão sobre as origens históricas do direito fundamental *de ser presumido inocente* até o trânsito em julgado da condenação judicial, que, não obstante a sua consagração, **no século XVIII**, como um dos grandes postulados iluministas (**para Beccaria**, "*A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz...*"), **essa prerrogativa** não era **desconhecida** pelo direito romano, como resultava de certas presunções **então** formuladas ("*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*"), valendo mencionar o que se continha no *Digesto*, **que estabelecia**, *em benefício daquele que era processado*, **verdadeiro** "*favor libertatis*", **que enfatizava**, *ainda que de modo incipiente*, **essa ideia-força** que viria a assumir **grande** relevo com a queda do "*Ancien Régime*".

A presunção de inocência, a que **já** se referia Tomás de Aquino em sua "*Suma Teológica*", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, *para alguns*, na Magna Carta inglesa (1215), embora, *segundo outros autores*, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, *sob o influxo das ideias iluministas*, vem esse direito-garantia **a ser consagrado**, inicialmente, *na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776).

Esse , *pois*, **o momento inaugural** em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado **nem pode sofrer** sanções **ou** restrições em sua esfera jurídica senão após *condenação* transitada *em julgado*.

A consciência *do sentido fundamental desse direito básico*, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários **e** filosóficos do Iluminismo, projetou-se, *com grande impacto*, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º** *solenemente proclamava* **a presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas *do Antigo Regime*.

O que se mostra importante assinalar, *nesse ponto*, Senhor Presidente, é que, não obstante golpes desferidos *por mentes autoritárias* **ou** *por regimes autocráticos*, **que preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?), **a presunção de inocência**, legitimada pela ideia democrática, **tem prevalecido**, *ao longo de seu virtuoso itinerário histórico*, **no contexto** das sociedades civilizadas, **como valor fundamental e exigência básica** de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão *que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação *aos abusos inomináveis* **cometidos** pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes *até que sobrevenha definitiva condenação judicial*.

Essa mesma **reação** do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas ou interpretações *que golpeiem* o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada** *a toda* **e** *qualquer* pessoa, **mostrou-se** presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a** Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a** Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, "**b**") e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, "**e**"), **e** outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, *desse modo*, Senhor Presidente, que a inaceitável repulsa à presunção de inocência, com todas as *gravíssimas* consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, **impondo**, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos **restrições** não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("**Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**", p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, **que consagra** o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, **a partir** do século XIX, **quando se formaram**, *em momentos sucessivos*, **três escolas de pensamento** em matéria penal: a Escola Clássica, **cujos maiores expoentes foram** FRANCESCO CARRARA **e** GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, *inspirados nas concepções iluministas*, **o dogma** da presunção de inocência, **a que se seguiram** os adeptos da Escola Positiva, **como** ENRICO FERRI **e** RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e**, a refletir o "*espírito do tempo*" ("*Zeitgeist*") *que tão perversamente buscou justificar*

visões **e** práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE **e** em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, **responsáveis**, entre **outros** aspectos, **pela formulação** da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista: a noção (de todo inaceitável) de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de **VINCENZO MANZINI** ("**Tratado de Derecho Procesal Penal**", tomo I/253-257, item n. 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, *com exatidão*, essa posição nitidamente autocrática, que repudia "*A chamada tutela da inocência*" e que vê, na "*pretendida presunção de inocência*", algo "*absurdamente paradoxal e irracional*" (*op. cit.*, p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 **e** destinada a reger uma sociedade **fundada** em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese *ao absolutismo do Estado* **e** *à força opressiva do poder*, considerado o contexto histórico **que justificou**, *em nosso processo político*, a ruptura *com paradigmas autocráticos do passado* e que baniu, *por isso mesmo*, **no plano** das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, **somente** justificável **numa perspectiva** "*ex parte principis*", **cujo efeito** mais conspícuo, **em face** da posição daqueles **que presumem a culpabilidade** do réu, **ainda** que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, *pelo Poder Público*, **como se culpado fosse**:

> "– Ninguém pode ser tratado como culpado, *qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída,* sem que exista*, a esse respeito, decisão judicial condenatória* transitada em julgado.
>
> ***O princípio constitucional*** da não culpabilidade*, em nosso sistema jurídico,* consagra uma regra de tratamento que impede *o Poder Público de agir* ***e*** *de se comportar,* ***em relação*** *ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.*
>
> ***Precedentes***."
>
> (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O postulado do estado de inocência encerra, em favor **de qualquer** pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Há, *portanto*, um momento claramente definido no texto constitucional a partir **do qual se descaracteriza** a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém *o trânsito em julgado* da condenação criminal. Antes desse momento – insista-se –, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, *desse modo*, ao Poder Público um dever de tratamento **que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia *progressivamente*, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição, **a significar** que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental**, que só deixa de prevalecer – ***repita-se*** – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, *em texto inequívoco*, a Constituição da República.

Vale referir, *no ponto*, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**", vol. 4/85-91, 2008, RT):

> "O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência *(tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a idéia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).*
>
> ***Trata-se de princípio consagrado** não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana **senão também** (em parte) no art. 5°, LVII, da Constituição Federal, **segundo o qual** toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*
>
> ***Do princípio da presunção de inocência** ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.*
>
> *'**Regra de tratamento**': **o acusado não pode ser tratado** como condenado **antes** do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5°, LVII).*
>
> ***O acusado**, por força da regra que estamos estudando, **tem o direito de receber a devida 'consideração'** bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento' a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., **podendo-se exemplificar**: a impropriedade de se manter o acusado*

> *em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc.* ***É contrária*** *à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (****Corte Interamericana****, Caso Cantoral Benavides,* ***Sentença*** *de 18.08.2000, parágrafo 119).*" (**grifei**)

Disso resulta, *segundo entendo*, **que a consagração constitucional** da presunção de inocência como direito fundamental *de qualquer pessoa* **há de viabilizar**, *sob a perspectiva da liberdade*, **uma hermenêutica** essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de **quaisquer** medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Torna-se importante assinalar, *neste ponto*, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência**, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder **e** a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem a impedir, *entre outras graves consequências no plano jurídico* – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas **na própria** Constituição –, que se formulem, *precipitadamente*, contra qualquer cidadão juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (**e**, *por isso mesmo*, **essencialmente instáveis**) ou, *então*, que se imponham *ao réu* **restrições** a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.

Foi por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido **sob a égide** *da Carta Política de 1967* – que não previa, *de modo explícito*, a garantia inerente à presunção de inocência, reconhecida, *no entanto*, por esta Corte, como imanente ao sistema constitucional (CF/67, art. 150, **§ 35**) –, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67, no ponto em que essa regra legal impunha ao réu, como efeito automático da prisão em flagrante delito ou do mero recebimento da denúncia, **a** "***suspensão*** *do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...),* ***até*** *a sentença absolutória*" (HC 45.232/GB, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **RTJ** 44/322 – **grifei**).

É interessante observar, neste ponto, que o Tribunal Constitucional português, examinando a validade jurídica de certo diploma normativo, declarou-o inconstitucional na parte em que determinava a perda total, *pelo servidor*, de sua remuneração em decorrência de suspensão preventiva resultante da mera instauração de processo disciplinar, **sequer** concluído.

Esse julgamento, realizado em 1990 (Acórdão nº 198/90, **Relator** Conselheiro MONTEIRO DINIZ, "*in*" "**Acórdãos do Tribunal Constitucional**", vol. 16/473), acha-se consubstanciado em decisão assim ementada:

> "I – O princípio da presunção de inocência do argüido é, no seu núcleo essencial, aplicável ao processo disciplinar.
>
> II – *Este princípio* ***ilegitima*** *a imposição de* ***qualquer*** *ônus* ***ou*** *restrição de direitos ao argüido* que representem a antecipação de condenação.
>
> III – ***É****, pois,* inconstitucional *a norma* ***que consente*** *a perda total de vencimento do funcionário* ***desligado*** *do serviço* ***em virtude*** *de processo disciplinar,* ***por se traduzir*** *na antecipação de um quadro de efeitos semelhantes ao da pena disciplinar de demissão.*
>
> IV – ***Revela-se****, além disso,* ***tal medida afrontadora*** *do princípio da proporcionalidade postulado pelo princípio do Estado de direito democrático,* ***dada a manifesta desconformidade*** *entre a medida cautelar imposta e o fim que através dela se pretende atingir.*"
>
> (**grifei**)

O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, *por arbitrária antecipação* **fundada** em juízo **de mera** suspeita, **a culpabilidade** de quem figura, em processo penal **ou** civil, como simples réu**!**

Daí a advertência de MÁRIO TORRES, **autor português** de trabalho sobre o aspecto ora ressaltado ("**Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais**", "*in*" "Revista do Ministério Público", vols. 25/119 **e** 26/161):

> "A sujeição *do argüido* ***a uma medida*** *que tenha* ***a mesma natureza*** *de uma pena* e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola*, intoleravelmente,* ***a 'presunção de inocência'*** *que lhe é constitucionalmente garantida* ***até*** *à sentença definitiva,* ***pois tal antecipação de pena basear-se-á****, justamente,* ***numa 'presunção de culpabilidade'****.* ***É porque se julga*** *o argüido culpado –* ***antes*** *de a sua culpa ser firmada em sentença* ***transitada*** *– que se lhe aplicam*

> *antecipadamente verdadeiras penas (**eventualmente** a descontar na pena definitiva).*"
>
> (**grifei**)

Cabe referir, *por extremamente oportuno*, **que o Supremo Tribunal Federal**, em julgamento plenário (RE 482.006/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), interpretando a Constituição da República, observou, *em sua decisão*, essa mesma diretriz – que faz incidir *a presunção constitucional de inocência* também *em domínio extrapenal* –, explicitando que esse postulado constitucional alcança quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos.

Em mencionado julgamento, esta Suprema Corte assim se pronunciou:

> "ART. 2º *DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS,* QUE DEU *NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52,* AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS *DE SERVIDORES PÚBLICOS* PROCESSADOS *CRIMINALMENTE*. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO *PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988*. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS*. ***RECURSO IMPROVIDO***.
>
> ***I*** – A redução de vencimentos *de servidores públicos* ***processados*** *criminalmente* colide *com o disposto* nos arts. 5º, LVII, *e 37, XV, da Constituição,* que abrigam, *respectivamente,* os princípios da presunção de inocência ***e*** *da irredutibilidade de vencimentos.*
>
> ***II*** – ***Norma estadual não-recepcionada*** *pela atual Carta Magna,* ***sendo irrelevante a previsão*** *que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição.*
>
> .....
>
> ***IV*** – *Recurso extraordinário* ***conhecido****, em parte* ***e****, na parte conhecida,* ***improvido***." (**grifei**)

Mostra-se extremamente valioso, *no que se refere ao reconhecimento* **da possibilidade** de incidência do postulado da presunção de inocência em processos destituídos *de natureza criminal*, o voto que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI proferiu, *como Relator*, **no exame** do RE 482.006/MG, impondo-se, *por relevante*, a reprodução textual de fragmento *de tão importante decisão*:

> "***A questão central*** *está em saber se,* ***diante*** *dos princípios* ***da presunção de inocência*** *e da irredutibilidade de vencimentos, é*

legítima a sua redução no caso de servidores públicos afastados por responderem a processo penal.

***Entendo que não**.*

.....

***Isso porque**, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, **estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena**, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.*

***Mostra-se patente**, pois, **a ofensa ao inciso LVII do art. 5º** da Carta Magna, **razão pela qual concluo** que a referida norma estadual **não foi recepcionada** pela nova ordem constitucional.*

***Veja-se**, a propósito, que a Lei federal 8.429/92, a qual dispõe sobre atos de improbidade administrativa, **prevê**, no parágrafo único do art. 20, que 'a autoridade judicial ou administrativa competente **poderá** determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, **sem prejuízo da remuneração**, quando a medida se fizer necessária à instrução processual' (…).*

***Esse dispositivo**, inserido no ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, **demonstra** que o legislador ordinário, **ao redigi-lo**, buscou, em caso análogo ao presente, **fazer valer o princípio da presunção de inocência**.*

.....

***Não pode**, à evidência, a lei infraconstitucional, **excepcionar** um princípio constitucional expresso, **qual seja**, da estatura de presunção de inocência que, ao lado do valor da dignidade humana, **corresponde** a um dos esteios básicos do capítulo relativo aos direitos e garantias do cidadão. **Por essa razão**, penso, não pode prevalecer a possibilidade de redução dos vencimentos dos servidores prevista na Lei estadual 869/52, com a redação dada pela Lei estadual 2.364/61."*

(**grifei**)

Bastante incisivo, *ainda*, nesse **mesmo** sentido, o douto voto concordante proferido, *em referido julgamento*, pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO:

*"(...) **também acompanho**, **e quero ressaltar** a importância deste julgamento, **porque** o Tribunal de modo expresso **está reconhecendo** que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, **é garantia** contra a aplicação **de qualquer** medida gravosa àquele que, como réu, está sendo, ainda, objeto de ação penal, cuja sentença condenatória não transitou em julgado.*

> ***O Tribunal está reconhecendo que não lhe pode ser aplicada*** *sequer medida de caráter patrimonial;* ***que a garantia constitucional*** *não permite sequer imposição de caráter patrimonial, que é importantíssimo para se fixar o entendimento de que a injunção de gravame de caráter penal, que diga diretamente com restrição à liberdade do réu, 'a fortiori'* ***não pode*** *ser tolerada perante* ***aquela*** *cláusula constitucional.*" (**grifei**)

Também eu, Senhor Presidente, ao acompanhar o eminente Relator *no julgamento que venho de mencionar*, tive o ensejo de enfatizar o extravasamento, **para além** do domínio **estritamente** processual penal, do direito fundamental à presunção de inocência:

> "Ressalto*, como aqui já foi afirmado,* a importância deste julgamento*, em que o Supremo Tribunal Federal,* interpretando *a Constituição da República,* deixa perfeitamente claro *que o princípio da não-culpabilidade* projeta-se para além *de uma dimensão* estritamente *penal,* alcançando *quaisquer medidas* restritivas *de direitos,* independentemente *de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa.*
>
> .....
>
> Entendo *que esta é uma decisão* de grande *importância,* pois reconhece *que, no Estado democrático de Direito,* ***os poderes*** *do Estado* ***acham-se juridicamente limitados*** *em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão.* ***O Estado não pode legislar, imoderadamente****, de maneira abusiva (*RTJ *182/1102-1103 –* RTJ *190/874-876 –* RTJ *195/635 –* ADI 2.551-MC-QO/MG*, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* v.g.*), para,* em transgressão *ao postulado da não-culpabilidade* ***e*** *ao princípio da proporcionalidade,* ***estabelecer*** *normas ou adotar medidas administrativas* ***que culminem*** *por impor restrições absolutamente* ***inconviventes*** *com referidas diretrizes fundamentais.*" (**grifei**)

Os julgamentos que venho de referir, notadamente os emanados do Supremo Tribunal Federal, revelam *a significativa importância* **de que se reveste**, *em nosso ordenamento positivo*, **o postulado constitucional** que consagra, *como prerrogativa ínsita ao regime dos direitos fundamentais*, a presunção de inocência.

Com a superveniência da nova Constituição do Brasil, proclamou-se, *explicitamente* (art. 5º, LVII), **um princípio que sempre existira**, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: a presunção de inocência das pessoas sujeitas a procedimentos estatais (DALMO DE ABREU DALLARI, "**O renascer do direito**", p. 94/103, 1976, Bushatsky; WEBER MARTINS BATISTA, "**Liberdade Provisória**", p. 34, 1981, Forense).

Esse postulado – cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova – impede que se atribuam à denúncia penal – ou à existência de processos pendentes, ou, *ainda*, a sentenças recorríveis – **consequências jurídicas** apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva, transitada em julgado. **Esse princípio tutelar** repudia presunções contrárias ao réu, que não deverá sofrer punições antecipadas nem restrições em sua pessoal dimensão jurídica.

De outro lado, Senhor Presidente, **a presunção de inocência**, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, **faz recair sobre o órgão da acusação**, agora de modo **muito mais** intenso, **o ônus substancial** da prova, **fixando** diretriz **a ser indeclinavelmente** observada pelo magistrado **e** pelo legislador.

É preciso relembrar, Senhor Presidente, **a advertência** constante do magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte, no sentido de que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Antes, cabe ao Ministério Público comprovar, *de forma inequívoca*, **para além** *de qualquer* dúvida razoável, **a culpabilidade** do acusado (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Hoje já não mais prevalece, *em nosso sistema de direito positivo*, a regra hedionda que, *em dado momento histórico de nosso processo político*, criou para o réu, *com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários*, a obrigação de ele, acusado, **provar** a sua própria inocência!!!.... Refiro-me ao art. 20, inciso 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/37 – editado *sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS* –, **que veiculava**, *no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo Tribunal de Segurança Nacional*, **e em ponto** que guarda inteira pertinência com as observações que estou a fazer, uma fórmula jurídica de despotismo explícito: "Presume-se provada ***a acusação***, cabendo ao réu ***prova em contrário*** *(...)*".

O fato indiscutivelmente relevante, Senhor Presidente, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, não se justifica a formulação possível, *por antecipação* **ou** *presunção*, de **qualquer** juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, **previamente**, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas **e** ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, *desse modo*, **dúvidas razoáveis**, **sérias e fundadas** *em torno da culpabilidade do acusado*.

Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, *em sede processual penal*, de idoneidade jurídica. Não se pode – *tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus* – atribuir relevo **e** eficácia a juízos **meramente** conjecturais, para, *com fundamento neles*, **apoiar** um **inadmissível** decreto condenatório **e deste extrair**, sem que ocorra o respectivo **trânsito** em julgado, **consequências** de índole extrapenal, compatíveis, *no plano jurídico*, unicamente com um título judicial qualificado *pela nota da definitividade*.

É sempre importante advertir, Senhor Presidente, na linha do magistério jurisprudencial **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, "***Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal***" (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO).

Cumpre ter presente, *neste ponto*, em face de sua permanente atualidade, a advertência dirigida por RUI BARBOSA àqueles que, *muitas vezes* deslembrados *dos princípios* que a Constituição da República **contempla** em favor das pessoas em geral, precipitam-se na formulação de juízos moralmente derrogatórios, impregnados de reprovabilidade, embora ausente decisão transitada em julgado. Para RUI ("**Novos Discursos e Conferências**", p. 75, 1933, Saraiva), "*Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa,* ***para os guardas da ordem social****, a obrigação* de não aventurar *inferências*, de não revelar *prevenções*, de não se extraviar *em conjecturas (...)*".

Daí a ênfase com que RUI ("**O Dever do Advogado**", p. 19, 1985, Fundação Casa de Rui Barbosa/AIDE) destaca a necessidade imperiosa de os magistrados e Tribunais não formularem *juízos apressados*, *inconsequentes* **e** *antecipatórios* de efeitos resultantes de uma condenação sequer proferida ou, se proferida, ainda não tornada definitiva:

> "*(…)* Não sigais *os que argumentam* ***com o grave*** *das acusações,* para se armarem de suspeita e execração *contra os acusados.* Como se, *pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores,* ***e menos perder de vista a presunção de inocência****, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.*" (**grifei**)

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** *qualquer* comportamento estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal **ou** civil *por mera suspeita* (RT 690/390 – RT 698/452-454).

É por essa razão que a jurisprudência desta Suprema Corte enfatiza, *com particular veemência*, que "Não podem repercutir *contra o réu situações jurídico-processuais* ainda não definidas *por decisão* irrecorrível *do Poder Judiciário,* especialmente *naquelas hipóteses* de inexistência *de título penal condenatório* definitivamente *constituído*" (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O "*status poenalis*" e o estatuto de cidadania não podem sofrer – antes que sobrevenha o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições que afetem a esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular.

Penso ser importante, *desse modo*, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção da inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, **cujos destinatários** são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio

cidadão, que encontra, *nesse princípio*, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, *por isso mesmo*, **qualquer** iniciativa que objetive **impor** *a qualquer pessoa* restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, *para tanto,* qualquer título judicial definitivo.

Sendo assim, **tendo em consideração** as razões que venho expor e reafirmando os fundamentos subjacentes ao voto que proferi na ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, peço vênia para negar provimento **ao presente** recurso extraordinário **interposto** pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, mantendo íntegro, *em consequência*, **o princípio** de que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha condenação penal **transitada** em julgado, circunstância que impede, *por isso mesmo*, que procedimentos penais ainda em curso (**ou** *de que não haja* resultado sentença condenatória **irrecorrível**) sejam considerados, em desfavor do réu, *como maus antecedentes*.

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então nós temos, por maioria de seis votos, vencidos o Presidente, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia, o seguinte resultado: negaram provimento ao recurso. E a tese, salvo melhor juízo, afirmada pelo eminente Relator Ministro Marco Aurélio é a seguinte: inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada com maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Essa é a tese que nós afirmamos neste recurso extraordinário com repercussão geral.

Nós temos, aqui, setenta e três casos sobrestados, isso é o que nos foi informado há dois anos atrás, mas eu informo aos eminentes Pares que já oficiei a todos os tribunais do país para que me atualizem esses números, para sabermos, com exatidão, quantos processos existem represados.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso *que seria recomendável* a formulação de súmula vinculante **a propósito** da tese que o Plenário desta Suprema Corte vem de consagrar no julgamento deste recurso extraordinário, **que versou** controvérsia constitucional **impregnada** *de repercussão geral*.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é, eu até anotei aqui: súmula vinculante.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Observo, *como registrei em meu voto*, que o E. Superior Tribunal de Justiça **editou**, *na matéria*, **a Súmula** nº 444.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Assentava que, pendentes recursos de natureza extraordinária, cabível era a execução, que seria provisória.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Parece-me* que o E. Superior Tribunal

de Justiça, *na realidade*, **ao formular** referido enunciado sumular, **nele refletiu** a posição que o Supremo Tribunal Federal **vinha adotando** em diversos julgados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Vossa Excelência não se animaria a propor uma súmula vinculante nesse sentido?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Talvez* o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, como Relator da presente causa, possa fazê-lo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Lanço apenas uma explicitação: a controvérsia que chegou ao Supremo não diz respeito à conduta social, mas a antecedentes criminais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência certamente vai formular.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Tribunal, ao prover a apelação da defesa, disse que não poderia substituir – porque seria contrário ao que veiculado – a fundamentação quanto aos antecedentes, tendo em conta processos em curso, pela óptica da conduta social, da circunstância judicial, que é a conduta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Então proclamado o resultado nesse sentido.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECDO.(A/S): SANDRO GASPARI

ADV.(A/S): SANDRO SPRICIGO

INTDO.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola, o Ministro Dias Toffoli. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo interessado, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Decisão: O Tribunal, decidindo o tema 129 da Repercussão Geral, por maioria

e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, firmando-se a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte Assessora-Chefe do Plenário

HABEAS CORPUS 122.694 - SP

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S): BRUNO LEITE PAPA
IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Incidência entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. Abolição, apenas parcial, dessa modalidade de prescrição. Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Análise de legislação comparada em matéria de prescrição penal. Ordem denegada.

1. A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa.

2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade.

4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em denegar a ordem.

Brasília, 10 de dezembro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Bruno Leite Papa, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação nº 36-63.2012.7.02.0102/SP.

Sustenta a impetrante, em síntese, que se verificou a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada ao paciente, por decisão transitada em julgado para a acusação.

Aduz que

> "[u]m dos fundamentos políticos que justifica o instituto da prescrição é a inércia da autoridade pública (teoria da negligência da autoridade), onde temos que a prescrição do direito estatal de punir é um castigo ao Estado negligente, que se demora na persecução penal e deixa de punir em tempo hábil o autor do delito.
>
> A prescrição retroativa da pena, conforme prevista no art. 125, §1º[,] do CPM, se regula pela pena imposta, quando somente a defesa tenha apresentado irresignação contra a sentença condenatória.
>
> Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, o fundamento da medida é 'compatibilizar o cálculo da extinção da punibilidade com o grau de culpabilidade do autor e de reprovabilidade do comportamento reconhecidos concretamente'. Assim, fixada a pena abaixo do máximo previsto abstratamente, também o tempo de prescrição não pode se calcular pelo máximo previsto abstratamente.

No âmbito da Justiça Castrense, como bem dito no acórdão que se combate por meio deste *writ*, consolidou-se por aplicar a previsão trazida no art. 110, § 2º, do Código Penal comum, por mais benéfico, quanto a 'data do fato', para fins de determinar-se os marcos interruptivos da prescrição, vez que o *Codex* Castrense considerava apenas o lapso decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença como hábil a provocar a prescrição.

Assim, não dispondo o Estado de prazos indeterminados para exercer a sua pretensão punitiva, deve se submeter àqueles fixados pela lei penal, e em assim não fazendo, ocorrerá a prescrição com a consequente extinção da punibilidade do agente. Logo, a prescrição é um fenômeno jurídico que ataca a pretensão do Estado em punir o criminoso e é a regra geral, sendo exceções somente os dois casos previstos na Constituição Federal.

O art. 5º traz as duas hipóteses excepcionais de imprescritibilidade: a prática do racismo (inciso XLII); e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

Sendo os dois casos de imprescritibilidade penal tratados no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, justamente o artigo destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, podemos concluir que a regra geral é a prescritibilidade dos delitos.

Assim, temos que a Constituição Federal assegura a prescritibilidade dos crimes em geral ou o direito à prescrição.

Sendo o direito à prescrição reconhecido como um dos direitos fundamentais, faz parte do rol das chamadas cláusulas pétreas. Sendo assim, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado, poderá validamente deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir o direito à prescrição (artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Se não tem o Poder Constituinte Derivado tal poder, muito menos o legislador infraconstitucional poderá de qualquer meio pretender reduzir tal garantia fundamental.

Porém, não é o que de fato ocorreu. A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou os artigos 109 e 110, do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, praticamente aboliu de nosso sistema jurídico-penal a prescrição da pretensão punitiva, a denominada prescrição retroativa.

Não sendo mais possível o reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa (em caso de ação penal privada) do lapso prescricional, há inegável limitação no direito de prescrição dos delitos.

A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, além de revogar o parágrafo segundo do artigo 110 do Código Penal, deu nova redação ao parágrafo primeiro. O referido dispositivo passou a ter a seguinte redação: 'a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa'.

Sobre ser a alteração legal menos benéfica, exatamente por extinguir parte do direito fundamental do acusado a ver prescrita sua punibilidade, é que somente pode ser aplicada a fatos posteriores à data de sua publicação.

A doutrina penal garantista vem tecendo severas críticas a esta mudança legislativa. Na verdade, esta lei não está em harmonia com os postulados do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal Constitucional. Ao vedar a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa em termo anterior ao do recebimento da denúncia ou queixa, restou configurado um verdadeiro retrocesso legislativo. Além disso, a nova disposição penal é incompatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Destacamos as críticas do Professor Cezar Roberto Bitencourt:

> 'Embora a Lei n. 12.234/2010 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a prescrição em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e da duração razoável do processo. A violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os –, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos' (BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. 16ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 1, p. 818).

O Projeto de Lei n. 1.383/03, que deu origem à Lei n. 12.234/10, embora sem êxito, pretendeu extirpar a prescrição retroativa

> do ordenamento jurídico-penal. A justificativa apresentada para embasar o projeto se fundou no fato de que essa espécie de prescrição teria se revelado um 'competentíssimo instrumento de impunidade', bem como uma 'potencial causa geradora de corrupção.'
>
> Inegável a necessidade de se combater à impunidade e à corrupção, o que deve se refletir, inclusive, na produção legislativa. No entanto, o combate dessas odiosas práticas, tão arraigadas na sociedade brasileira, não deve passar pela extinção, parcial ou total, da prescrição retroativa.
>
> A solução dos problemas passa por um melhor aparelhamento policial, com a realização de investimentos, por exemplo, em tecnologia e treinamento pessoal, a fim de que delitos mais complexos, que demandam uma apuração mais detalhada e dificultosa, sejam adequadamente solucionados.
>
> Dar às forças policiais prazo imprescritível para as investigações e inquéritos policiais não traz a solução desejada pela lei 12.234/10, mas sim vem violar o primado constitucional da razoável duração do processo.
>
> Assim, por todos os argumentos trazidos, ao praticamente eliminar as possibilidades de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, é forçoso concluir que a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, tende a abolir a prescritibilidade dos crimes em geral, ou direito à prescrição, qualificado implicitamente pela Constituição da República Federativa do Brasil como um dos direitos fundamentais dos cidadãos".

Nesse contexto, entende a impetrante que "a questão [está] a merecer a análise desta Corte para reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade parcial da Lei 12.234/10, quanto à alteração do § 1º do artigo 110 do Código Penal e à exclusão do § 2º do mesmo artigo do *Codex* Punitivo".

Ante o exposto, requer o deferimento da liminar para "determinar a suspensão do processo nº 36.63.2012.7.02.0102/SP, em curso perante o eg STM, enquanto não julgado definitivamente este *writ*". No mérito, pede a concessão da ordem para

> "declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, em relação à pena aplicada ao paciente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei 12.234/10 na parte que alterou o § 1º do artigo 110 do CP e na parte que excluiu o § 2º do mesmo artigo".

O pedido de liminar foi por mim indeferido. Requisitei informações à autoridade coatora, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República **Dr. Edson Oliveira de Almeida,** opinou pelo não conhecimento do ***writ*** ou, caso o Tribunal dele conheça, pela denegação da ordem, deixando, contudo, de se manifestar sobre a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade parcial da Lei nº 12.234/10.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como já relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Bruno Leite Papa, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação nº 0000036-63.2012.7.02.0102/SP.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

> "FURTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. LEI Nº 12.234/2010. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. MATÉRIA FÁTICA SUFICIENTE A AMPARAR UM ÉDITO CONDENATÓRIO.
>
> 1. Em se tratando de ilícito cometido posterior à edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que alterou o Código Penal comum para suprimir a data do fato como termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional, não há como esta Corte aplicar analogicamente, como vinha sendo feito, a antiga redação do dispositivo para confirmar uma eventual prescrição.
>
> 2. No contexto apurado, comete o delito de furto o militar que, sub-repticiamente, subtrai a motocicleta de companheiro de farda, estacionada em área sob Administração Militar, e vem a colidi-la em via pública, somente sendo descoberto após a intervenção de terceiros. Decisão unânime."

Por sentença publicada em 10/9/13 o paciente foi condenado pelo juízo da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 240 do Código Penal Militar.

Como a sentença transitou em julgado para a acusação, o paciente, em preliminar de apelação, sustentou a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, em virtude da pena aplicada, diante do decurso de mais de dois anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.

O Superior Tribunal Militar assim rejeitou essa preliminar:

> "Não assiste razão à Defesa.
>
> De fato, não havendo apelo do *Parquet* das Armas, a prescrição será calculada com base na pena *in concreto* aplicada pelo Colegiado *a quo,* qual seja, 1 (um) ano de reclusão, que, a teor do art. 125, inciso VI, do CPM, opera-se em 4 (quatro) anos. Nesse contexto, em se tratando de menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do fato, incide, ainda, a regra do art. 129 do mesmo *codex* que determina a redução do prazo prescricional pela metade, resultando o prazo de 2 (dois) anos.
>
> Todavia, diferente do raciocínio empregado pela DPU, a regra a incidir no caso em comento não é a da alínea 'a' do § 2º do art. 125 do CPM, mas, sim, a do § 1º do mesmo dispositivo, *in verbis:*
>
> > § 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.
>
> Como se vê, havendo pena *in concreto*, a última causa interruptiva é a instauração do processo, que se dá com o recebimento da Denúncia, nos termos da conjugação do § 5º do art. 125 do CPM. O equívoco cometido pela Defesa decorre do fato de que a Justiça Militar da União, por entender mais benéfico, aplicava analogicamente a "data do fato" como termo inicial, com fulcro na antiga redação do art. 110, § 2º, do CP comum.
>
> Ocorre que o evento em apreciação se deu em 6 de junho de 2010, portanto posterior à edição da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que suprimiu a data do fato como termo inicial para o reconhecimento da prescrição, impedindo, com isso, a aplicação analógica da antiga redação do art. 110, § 2º[,] do CP comum, ao caso em tela.
>
> Ante o exposto, rejeito, por falta de amparo legal, a preliminar de prescrição suscitada pela DPU."

Contra essa decisão insurge-se a impetrante, insistindo no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, mediante declaração incidental parcial de inconstitucionalidade da Lei 12.234/10, na parte que alterou o § 1º do art. 110 do Código Penal e na parte que excluiu o § 2º do mesmo artigo.

Preliminarmente, observo que, embora a condenação do paciente tenha transitado em julgado em 16/9/14 (conforme informações obtidas no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar), o presente *habeas corpus* não é sucedâneo de revisão criminal, uma vez que a prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo (art. 61, CPP), inclusive de ofício, e seu eventual reconhecimento, na espécie, está subordinado à análise da constitucionalidade da Lei nº 12.234/10.

Estabelecida essa premissa, passo à análise do mérito da impetração.

I) PRESCRIÇÃO RETROATIVA. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.

Na vigência do Código Penal de 1940, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, foi produto de criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. O art. 110 do Código Penal, em sua redação originária, determinava que

> "[a] prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> Parágrafo único: A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos".

Esse dispositivo suscitou forte polêmica no Supremo Tribunal Federal.

No HC nº 38.186/GB, DJ de 7/8/61, o Tribunal Pleno, por maioria de votos, julgou extinta a punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista o decurso do prazo para tanto suficiente entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória.

O Relator, Ministro **Nelson Hungria**, no voto condutor do acórdão, salientou o seguinte:

> "O Tribunal já conhece o meu ponto de vista nesta matéria de prescrição relacionada à pena concretizada na sentença condenatória. Entendo que o Código vigente não alterou, neste particular, o dec. nº 4.760, de 1923. A prescrição se regula pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo M.P., impossibilitando uma reformatio in pejus; e deve ser declarada se, entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória, já decorreu tempo suficiente.
>
> Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que ab initio era justa. A pena cominada

> in abstracto, a que se refere a denúncia, revelou-se, na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente deveria ter sido solicitada pelo M.P., era a que veio a ser imposta pelo Juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde princípio, à pena aplicada in concreto. Era este o critério de decisão do dec. 4.760 e não é crível que se o Código o tivesse alterado, não o mencionasse a 'Exposição de Motivos' do Ministro Campos, limitando-se a dizer que, no tocante à prescrição, o Código se limitava a aumentar os prazos prescricionais (...)".

Desse entendimento divergiu o Ministro **Luiz Gallotti**, que, vencido, assim externou as razões de seu convencimento:

> "O Código Penal dispõe no § único do art. 110 que, não recorrendo a acusação, a prescrição, depois da sentença, se conte pela pena concreta, mas depois da sentença, como está escrito na lei, e não antes. Esta é que é a nossa divergência".
>
> (...)
>
> Finalmente, diz o eminente Ministro Nelson Hungria que se verificou pela sentença ser a pena justa a que ela fixou. **Mas a regra atinente à prescrição da ação penal não manda atender à pena justa e sim à pena máxima (art. 109)**. Ora, se todos concordam que ainda se trata de prescrição da ação penal, só podemos fugir a essa regra para observar a exceção do § único do art. 110, exceção que só diz respeito ao período posterior à sentença (lá está escrito depois) e não ao período anterior" (negritei).

Com base nesse e em outros precedentes no mesmo sentido – nos quais, inclusive, se admitiu, por maioria de votos, a prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia -, o Supremo Tribunal Federal acabou por editar a Súmula nº 146: "[a] prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

Confiram-se, dentre outros, o HC nº 38.520/GB, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Pedro Chaves**, DJ de 25/6/61; o RHC nº 38.686/SP, Pleno, Relator o Ministro **Lafayette de Andrada**, DJ de 9/11/61; o HC 39.567/DF, Relator o Ministro **Pedro Chaves**, DJ de 18/4/63 – no qual foi reconhecida, por maioria de votos, a prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.

Sucederam-se novos e intensos debates no Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance da Súmula nº 146.

Entre 1972 e 1975, o Supremo Tribunal Federal restringiu sua aplicação, deixando de reconhecer a prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, até que foi novamente alterado esse entendimento.

Note-se, a propósito, que, no HC nº 53.779/RJ, Relator o Ministro **Cordeiro Guerra**, e Relator para o acórdão o Ministro **Xavier de Albuquerque**, DJ de 31/10/75, decidiu-se, por maioria de votos, que

> "[a] prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, [quanto àquele] compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal, anterior a 1972, que dava interpretação compreensiva a referida Súmula e dela extraia todas as consequências lógicas. Recurso de habeas corpus provido".

Na esteira dessa interpretação mais abrangente, nos Embargos no Recurso Extraordinário Criminal nº 76.320/SP, Relator para o acórdão o Ministro **Leitão de Abreu**, julgados em 11/9/75, RTJ 76/148-170, afirmou-se, por maioria de votos, a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa no caso de condenação imposta em segundo grau.

No RHC nº 52.432/GB, Relator para o acórdão o Ministro **Xavier de Albuquerque**, julgado em 22/10/75, RTJ 81/26-38, por maioria de votos, admitiu-se a prescrição retroativa, mesmo na ausência de recurso da defesa.

Em 25/5/77, entrou em vigor a Lei nº 6.416/77, que introduziu os seguintes parágrafos no art. 110 do Código Penal:

> "§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.
>
> § 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, **não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia"** (grifo nosso).

Tratou-se, inequivocamente, de uma **reação legislativa** à Súmula nº 146 e ao elastério que a ela vinha conferindo o Supremo Tribunal Federal, como, aliás, ficou consignado no item 15 da exposição de motivos do Ministro da Justiça ao Presidente da República:

> "Disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à pena acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais (...)."

Embora a Lei nº 6.416/77, por constituir *novatio legis in pejus*, não pudesse retroagir, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no RHC nº 55.294/SP, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Soares Muñoz**, julgado em 14/9/77, RTJ 83/746-751, decidiu, relativamente aos fatos anteriores à vigência daquela lei, restringir a aplicação da Súmula nº 146 e negar o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Transcrevo a ementa desse julgado:

> "Prescrição. Interpretação do art. 110, parágrafo único, do Código Penal.
>
> O mencionado dispositivo não desconsidera o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa como causa interruptiva da prescrição (art. 117, I) de sorte que o prazo prescricional, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, não pode iniciar-se antes da apontada causa interruptiva.
>
> A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não se aplica retroativamente contra o réu, no tocante à prescrição, em face de pertencerem ao direito material as normas que disciplinam esse instituto; **veio ela, no entanto, reforçar a interpretação mais ortodoxa do parágrafo único do art. 110 do Código Penal, na sua redação anterior"** (grifo nosso).

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, por força da alteração promovida pela Lei nº 6.416/77, "a prescrição contemplada nos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal é tão-somente da pretensão executória da pena principal"[1] (RE nº 98.949/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Soares Muñoz**, julgado em 16/12/82, DJ 25/2/83), de modo que a prescrição retroativa a que alude a Súmula nº 146 não alcançava o período compreendido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (RE nº 94.162/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Moreira Alves** , DJ 5/5/81).

No mesmo sentido, RE nº 91.210/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Rafael Mayer**, julgado em 23/10/79, RTJ 93/444-445; HC nº 62.055/RJ, Primeira Turma,

[1] Ressalto que, nos termos do art. 118 do Código Penal, em sua redação originária, eram imprescritíveis as penas acessórias impostas na sentença, como a perda de função pública ou a interdição de direitos (arts. 67 e 68 do Código Penal, em sua redação primitiva).

Relator o Ministro **Rafael Mayer**, DJ de 31/10/84; RE nº 103.833/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, DJ de 26/11/84.

Dessa feita, o Supremo Tribunal Federal aplicou, sem jamais questionar sua constitucionalidade, o art. 110, § 2º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 6.416/77.

Note-se que, de acordo com **Nilo Batista**,

> "O Procurador-Geral da República, no processo PGR nº 34.246/78, onde se propunha arguição de inconstitucionalidade da inovação trazida pela Lei nº 6.416/77 na matéria, proferiu o seguinte despacho: 'Não é inconstitucional o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.416, de 24-5-77, eis que não determina aplicação retroativa do preceito nele consignado. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 15 de maio de 1978. a) **Henrique Fonseca de Araújo**' (DJ 24-5-78, pág. 3617)".[2]

Mais: o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, não somente aplicou essa alteração da Lei nº 6.416/77 aos fatos praticados na sua vigência, como estendeu sua ratio a fatos anteriores, a fim de interpretar restritivamente a Súmula nº 146.

Posteriormente, a Lei nº 7.209/84, ao reformar a parte geral do Código Penal, voltou a admitir a prescrição retroativa fundada na pena concretizada entre a data do fato e a do recebimento da denúncia:

> "Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se julgado pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.
>
> § 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, **pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa**" (grifo nosso).

Ocorre que, **em novo movimento pendular**, a Lei nº 12.234/10, que entrou em vigor no dia 6/5/10, mais uma vez alterou o citado dispositivo legal:

[2] BATISTA, Nilo. *Revista de informação legislativa*, v. 15, nº 59, pp. 131-136, jul./set. de 1978, grifo nosso.

> "Art. 110 - A prescrição[,] depois de transitar em julgado a sentença condenatória[,] regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, **não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa**" (grifo nosso).

Embora não se cuide de reforma idêntica à da Lei nº 6.416/77 – que limitava à pretensão executória o reconhecimento da prescrição com base na pena concretizada na sentença -, há uma similitude entre ambas: **a vedação à utilização da pena aplicada como parâmetro para o cálculo da prescrição ocorrente entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa**.

Em outras palavras, a teor da nova redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, ainda que haja condenação, a prescrição entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa continuará a ser regulada pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

II) DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DA LEI nº 12.234/10.

A alteração promovida pela Lei nº 12.234/10 na prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, suscitou grande controvérsia doutrinária.

Fernando Capez sintetizou seus efeitos:

> "Segundo o antigo preceito legal, constante do § 1º do art. 110, 'a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada'. E, consoante seu § 2º, 'a prescrição de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa'.
>
> Pois bem, o dispositivo em comento trata da chamada prescrição retroativa, modalidade de prescrição da pretensão punitiva. É também calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido o seu recurso. Tudo o que foi dito com relação à prescrição intercorrente [ou superveniente] é válido para a prescrição retroativa, com uma única diferença: enquanto a intercorrente [ou superveniente] ocorre entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa,

a retroativa é contada da publicação dessa decisão para trás. Reconta-se a prescrição, que, antes, teve seu prazo calculado em função da maior pena possível, e, agora, é verificada de acordo com a pena aplicada na sentença. Pode ser que, com um prazo bem mais reduzido, tenha ocorrido a PPP [prescrição da pretensão punitiva] entre marcos anteriores. Por essa razão, se o tribunal constatar que não ocorreu prescrição pela pena concreta entre a publicação da sentença condenatória e o acórdão, passará imediatamente a conferir se o novo prazo prescricional, calculado de acordo com a pena concreta, não teria ocorrido entre:

a) a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa;

b) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia;

c) entre a pronúncia e sua confirmação por acórdão;

d) entre a pronúncia ou seu acórdão confirmatório e a sentença condenatória;

e) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória (no caso de crimes não dolosos contra a vida).

Por que o nome 'retroativa'? Porque se conta de frente para trás. O tribunal faz o cálculo da publicação da sentença condenatória para trás, ou seja, da condenação até a pronúncia ou o recebimento da denúncia ou queixa, conforme o crime seja ou não doloso contra a vida, e assim por diante. É como se o tribunal estivesse retrocedendo do presente ao passado, gradativamente.

(...)

O que foi modificado com a promulgação da Lei n. 12.234/2010? De acordo com a atual redação do art. 110, § 1º, 'a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa', o § 2º, por sua vez, acabou sendo revogado pelo aludido Diploma Legal.

Com isso, o que houve, na verdade, foi apenas a vedação da prescrição retroativa incidente entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa (a lei equivocadamente não menciona a palavra 'recebimento'). Com relação ao marco temporal constante dos itens 'b', 'c', 'd' e 'e', esse instituto continua a ser aplicável.

Nesse contexto, não se operará a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, em que ocorre a

> apuração do fato, mas poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.
>
> Sobre a aplicação da lei penal no tempo, a norma não retroage, não podendo prejudicar os autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor, ou seja, antes de 5/5/2010".[3]

No mesmo sentido, pronunciaram-se **Luiz Flávio Gomes** e **Áurea Maria Ferraz de Sousa**.[4]

Respeitável corrente doutrinária, todavia, acoimou essa alteração legislativa de inconstitucional, por supostamente violar a proporcionalidade e os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo.

Nesse sentido, dentre outros, **Pierpaolo Cruz Bottini;**[5] **René Ariel Dotti**[6] e **Cezar Roberto Bittencourt.**[7]

Em sentido diverso, **Damásio Evangelista de Jesus** sustenta que a Lei nº 12.234/10 simplesmente extinguiu a prescrição na modalidade retroativa, quer entre a data dos fatos e a da denúncia, quer entre a data do recebimento dessa e a da sentença condenatória, a partir de uma interpretação tanto genérica quanto sistemática da alteração legislativa.

> "Possuindo natureza de coibir a morosidade da persecução penal, impondo como sanção a extinção da punibilidade, cremos fora de propósito que punisse a lentidão na fase processual e não a penalizasse entre o fato e a denúncia ou queixa. Qual a conveniência em permitir uma só forma de prescrição durante a investigação, qual seja, a da pretensão punitiva pela pena em abstrato, e admitir três durante o processo (a da pretensão punitiva propriamente dita, a retroativa e a virtual)? Onde, no vigente § 1º do art. 110, consta que a pena concreta, na ausência de recurso da acusação ou desprovido seu recurso, possui efeito retroativo? Sabido que a prescrição retroativa se encontrava no antigo § 2º do art. 110, revogado este, desapareceu aquela. Em nenhum momento, nos arts. 109 e 110 do CP, há referência à retroatividade da pena concreta. Na primeira parte do § 1º do art.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I, p. 628-630.
[4] GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual*: não desapareceram completamente. Disponível em www.lfg.com.br.
[5] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Nova regra da prescrição cria desproporcionalidade*. Disponível em conjur.com.br.
[6] DOTTI, René Ariel. *A inconstitucionalidade da lei nº 12.234/10*. Disponível em migalhas.com.br.
[7] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* (parte geral). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. I, p. 872-888

> 110 encontramos somente permissão à prescrição superveniente. A segunda parte da disposição, segundo cremos, não autoriza a compreensão de que admite a prescrição retroativa parcial.
>
> Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prescricionais de igual extensão temporal.
>
> (...)
>
> Pensamos que o texto não foi editado especialmente para obstruir a prescrição retroativa, o que já o fizera em outras partes da lei, especialmente revogando a sua fonte, o § 2º do art. 110. Para nós, o referido parágrafo (§ 1º), em sua parte final, não pretendeu tratar da prescrição retroativa e sim de sua variante doutrinária e jurisprudencial, a virtual. A lei nova quis estender a vedação da forma *mater* à sua vertente, a chamada prescrição 'virtual' ou 'projetada' (…)".[8]

Posto o problema em equação, passo a analisá-lo.

III) DA SUBSISTÊNCIA PARCIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA, COM BASE NA PENA APLICADA.

A meu ver, a prescrição retroativa, fundada na pena aplicada na sentença não foi integralmente extinta pela Lei nº 12.234/10. Ela não mais subsiste apenas entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia ou da queixa.

Não se olvida que o art. 1º da Lei nº 12.234/10 assim dispõe:

> "Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa."

Ocorre que, se o legislador pretendeu, no art. 1º da Lei nº 12.234/10, abolir integralmente a prescrição retroativa, essa intenção não se converteu em realidade normativa, haja vista que seu art. 2º, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, determinou que

[8] JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 433-438.

> "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa".

Ora, somente estaria abolida a prescrição retroativa se a redação do dispositivo fosse:

> "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à publicação da sentença ou acórdão condenatórios".

Em suma, se a intenção do legislador, expressa no art. 1º da Lei nº 12.234/10, era eliminar totalmente a prescrição retroativa com base na pena em concreto, não é preciso grande esforço exegético para se concluir que o art. 2º restringiu seu alcance.

Nesse ponto, não superou o **enunciado** da norma.

O texto permite concluir, com segurança, que o legislador optou por conferir efeito *ex tunc* à prescrição da pretensão punitiva com base na pena concreta apenas a partir do recebimento da denúncia ou da queixa.

Na sua liberdade de conformação, o legislador poderia ter suprimido **integralmente** a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena em concreto, a fim de que essa regulasse apenas a prescrição da pretensão executória, o que, como visto, optou por não fazer.

Se assim o é, por qual razão não poderia apenas modular seus efeitos, vedando-a entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa?

Essa alteração, diversamente do que sustenta a impetrante, não colide com a Constituição.

IV) DO DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO. DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA. DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DE SEU CONSECTÁRIO, O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA.

Segundo **Robert Alexy**, ao lado dos direitos de defesa, que se destinam a proteger o indivíduo contra intervenções do Poder Público - e, nesse sentido, são direitos a uma ação negativa (abstenção) do Estado -, existem os direitos a prestações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo), que impõem

ao Estado a persecução de determinados objetivos e compreendem prestações fáticas (ou materiais) e prestações normativas.[9]

Dentre esses direitos a prestações estatais em sentido amplo, destacam-se os chamados direitos de proteção, entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Eles impõem ao Estado uma obrigação de proteger ou fomentar algo por meio de prestações de natureza jurídica ou fática. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção do ponto de vista dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.[10]

Fala-se, portanto, em dever fundamental de proteção do Estado, que, por meio de lei, ato administrativo ou atuação fática, está obrigado a atuar positivamente para impedir que um indivíduo viole direitos fundamentais de outro.[11]

Por força desse dever, de acordo com **Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco**, o Estado está obrigado a editar normas penais para coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais.[12]

Como anota **Aníbal Bruno**, a finalidade do Direito Penal é

> "(…) a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a paz pública etc.
>
> (...)
>
> O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social".[13]

Para **Santiago Mir Puig**, o Direito Penal, entendido como o conjunto de normas que associam ao delito - como pressuposto - penas ou medidas de segurança - como consequência jurídica -, é um dos instrumentos de controle social mais importantes da sociedade, tendente a evitar determinados comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções. "Pode-se discutir qual ou quais são as funções que se atribuem à pena – retribuição, prevenção – mas

[9] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 433-444.
[10] ALEXY, 2012, p. 450-461.
[11] BOROWSKI, Martin. *La estructura de los direitos fundamentais*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 112-115 e 144-145.
[12] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 160.
[13] BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo I, p. 5-9.

é inegável que se trata de um mal que se associa ao cometimento de um delito, seja porque se crê que, com tal mal, se faz justiça, seja porque, com sua ameaça, pretende-se dissuadir a prática de delitos".[14]

Como lembra **Jeschek**, a missão do Direito Penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva. Assim, "toda pena deve contribuir para fortalecer novamente no condenado o respeito pelo Direito e a fazer com que regresse, por si mesmo e por seu próprio convencimento, ao caminho da ordem".[15]

Por sua vez, a política criminal se ocupa de como configurar o Direito Penal da forma mais eficaz possível para que possa cumprir sua tarefa de proteção da sociedade, respeitando-se os princípios da culpabilidade, do Estado de Direito e da humanidade das penas.[16]

Nesse sentido, aduz **Santiago Mir Puig** que a efetiva execução da pena, além do caráter retributivo, de prevenção especial e de ressocialização atinente ao condenado, não deixa de exercer relevante função de prevenção geral, não apenas do ponto de vista da pura **intimidação negativa** (isto é, inibidora da tendência a delinquir), como também pela **afirmação positiva** do Direito Penal, que se manifesta: **i)** pela função informativa do que está proibido fazer; **ii)** pelo reforço, no seio social, da confiança no sistema de justiça criminal e na capacidade de a ordem jurídica se impor; e **iii)** pelo fortalecimento, na maioria dos cidadãos, de uma atitude de respeito pelo Direito.[17]

Segundo **Jeschek**,

> "Pena é a compensação a uma violação do Direito cominada penalmente mediante a imposição de um mal proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade que expressa a reprovação pública do fato **e consegue, deste modo, a afirmação do Direito**".[18]

O ilustre penalista alemão afirma que a justificação da pena reside na necessidade de se manter a ordem jurídica, condição fundamental para a convivência humana em sociedade:

---

[14] PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*. Parte general. 6. ed. Barcelona: Editorial Repertor, 2002. p. 47-53.
[15] JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981. v. I, p. 3-7.
[16] Ibidem, p. 29-30.
[17] PUIG, op. cit., p. 83-105.
[18] JESCHEK, 1981, p. 18, grifo nosso.

> "**O Poder do Estado se aniquilaria por si mesmo, se não tivesse força suficiente para impedir que as infrações jurídicas intoleráveis se afirmassem abertamente**. **Sem a pena o Ordenamento Jurídico deixaria de ser uma ordem coativa e quedaria rebaixado ao nível de uma simples recomendação não vinculante.** A pena, como expressão da coação jurídica, forma parte de toda comunidade baseada em normas jurídicas (justificação jurídico-política da pena). A pena é ademais necessária para satisfazer a sede de justiça da comunidade. **Uma convivência humana pacífica seria impossível se o Estado se limitasse simplesmente a defender-se dos delitos cuja comissão fosse iminente e pretendesse que tanto da vítima como da generalidade, que aceitassem o delito cometido e vivessem com o delinquente como se nada houvesse se passado**. As consequências dessa atitude levariam a que cada um tomasse a justiça pelas próprias mãos e o regresso à pena privada (justificação psicosociológica da pena)".[19]

Pela prevenção especial, diz **Aníbal Bruno**,

> "(...) procura-se evitar que novos crimes ocorram, por ação exercida sobre o próprio delinquente (...). Aí também se pode fazer sentir, como na prevenção geral, a força da intimidação. O criminoso mostrou-se indiferente à ameaça da pena, mas a sua aplicação e execução podem agir de modo mais eficaz. **A sanção penal já não é uma abstração da lei, cujas verdadeiras consequências não podem ser percebidas; é uma realidade cujos efeitos penosos o réu está sofrendo e pode temer voltar a sentir**".[20]

A transformação da abstração normativa nessa realidade diz respeito à efetividade da norma penal.

Para **Hans Kelsen**,

> "Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.

[19] Ibidem, p. 90, grifo nosso.
[20] BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo III, p. 49, grifo nosso.

> (...)
>
> Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas".[21]

Luís Roberto Barroso, ao tratar da eficácia social da norma, aduz, com apoio em Kelsen, que

> "[a] efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Assim, ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.[22]

A Lei nº 12.234/10 visa exatamente concretizar, em justa medida, o dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade e conferir maior efetividade às normas penais que os tutelam e à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, **assegurar-se a efetividade da execução de uma pena legalmente prevista e regularmente imposta** em processo no qual tenham sido respeitadas, dentre outras, as garantias constitucionais do juiz natural, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, **mediante sua imunização contra os efeitos retroativos da prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa, não importa em violação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) ou de seu consectário, o princípio da humanidade das penas**, cujo principal escopo é vedar a imposição de penas cruéis, degradantes, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo ou de morte (art. 5º, XLVII, CF) e assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).

O acusado não deixa de ser tratado como pessoa humana pelo simples fato de se conferir maior efetividade à sanção penal, mesmo porque, afirmada sua responsabilidade criminal, há o "dever de submeter-se às consequências jurídicas do crime".[23]

Na lição de **José Frederico Marques**, calcada em **Bettiol**,

> "Humanizar a pena não é o mesmo que inocuizá-la como castigo e retribuição. As sanções penais devem ser temidas para que

[21] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 11 e 225.
[22] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82-84.
[23] PUIG, 2002, p. 727-728.

> a pena consiga atingir suas finalidades de prevenção geral. A humanização do Direito Penal não pode ultrapassar as fronteiras da retribuição para transformar em prêmio a sanção punitiva e os cárceres em *luogo di piacere*. O condenado deve ser tratado com humanidade. Não se permite que o castigo imposto venha a ser instrumento de iniquidade e degradação; necessário se faz, no entanto, que a pena, como um mal que o delinqüente deve sofrer, não se dilua e desapareça no tratamento conferido ao condenado".[24]

Precisas, ainda, as palavras de **Paulo José da Costa Júnior**:

> "A pena, para exercer sua função intimidadora, deverá ser certa. É a advertência que já fazia o Marquês Cesare de Beccaria, muitos anos atrás. O réu deverá compenetrar-se de que, praticado o crime, será certamente punido com uma sanção justa e proporcional ao mal causado.
>
> Há os que põem em dúvida o caráter intimidativo da pena(...).
>
> Mas a pena, quando for certa, intimida sim. Veja-se o caso das infrações de trânsito, cujas sanções são certas, tecnicamente aplicadas, mediante radares colocados em ruas e estradas. São elas inapeláveis. Registram a infração, que se segue de multa e mesmo de perda da carteira de habilitação do motorista, se os pontos forem superiores a vinte. Mediante a certeza da aplicação da pena e da perda da carteira, os delitos de trânsito diminuíram sensivelmente.
>
> É a prova evidente de que a pena, quando certa, intimida, detém, o infrator na senda delituosa.
>
> O direito penal, para intimidar, deverá munir-se da certeza da execução (...)".[25]

Não há dúvida, por outro lado, de que a Lei nº 12.234/10 importa numa intervenção no direito de liberdade.

Com efeito, ao determinar que, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa - que continua a operar como marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, do Código Penal) - , a prescrição seja calculada com base na pena em abstrato, e não na pena aplicada na sentença, a lei reduz a probabilidade

[24] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* 1. ed. atualiz. Campinas : Millennium, 1999. v. III p. 148.
[25] COSTA JUNIOR, Paulo José da. Prefácio. In: DIP, Ricardo Henry Marques; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo*: Reflexões politicamente incorretas. Campinas: Millenium, 2002, p. XIX.

de extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva.

Resta, então, submetê-la ao exame da proporcionalidade, para se aferir se há justificação constitucional para essa intervenção.

V) DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO.

Não cabe, nesta seara, ingressar no tormentoso campo da terminologia relativa à proporcionalidade para definir se é critério, princípio[26], regra[27], máxima[28] ou postulado normativo aplicativo, regra de segundo nível ou metarregra.[29]

Importa, mais do que a terminologia, a correta estruturação e a correta aplicação da proporcionalidade.

Destaco, ainda, que a proporcionalidade em sentido amplo se distingue da razoabilidade, em função de sua origem e estrutura de aplicação.

A razoabilidade ou, mais precisamente, o "princípio da *irrazoabilidade*", tem origem na jurisprudência inglesa, que, a partir de decisão proferida em 1948, passou a rejeitar atos ou decisões que fossem *excepcionalmente* irrazoáveis ou que nenhuma autoridade razoável adotaria. Trata-se, portanto, de um "teste da irrazoabilidade", para se aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado.[30]

Costuma-se ainda associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, baseada no devido processo legal em sentido material, previsto, em nosso ordenamento, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.[31]

O exame da proporcionalidade propriamente dito, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.[32] Como observa Virgílio Afonso

---

[26] SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 16-69. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259-260. MENDES; BRANCO, 2014, p. 217-227. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 22, 67-72, 81, 153-159 e 168-172).

[27] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abril, 2002, p. 24.

[28] ALEXY, 2012, p. 117.

[29] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145-149 e 171-173.

[30] SILVA, op. cit., p. 27-34. No mesmo sentido, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 283.

[31] SILVA, 2012, p. 27-34. Segundo esse autor, a primeira decisão da Suprema Corte Americana a fazer uso da exigência de proporcionalidade é de 1994. CANOTILHO, 1998, p. 259-261 e 448-451. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 218-246.

[32] SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 27-34. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. Op. cit., p. 283. _____Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 260-264.

da Silva, embora proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos semelhantes, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – *v.g.*, uma leve intervenção em um direito fundamental desprovida de fundamentação constitucional - sem ser absurdamente irrazoável. **Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.**[33]

Com efeito, diferentemente da razoabilidade, o exame da proporcionalidade **tem uma estrutura racionalmente definida**, com sub-regras[34] - ou, conforme a terminologia adotada, submáximas, subelementos, subcritérios ou subprincípios - independentes, que são aplicadas, de acordo com **Carlos Bernal Pulido**, de maneira sucessiva e escalonada.[35]

Há, portanto uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de **Virgílio Afonso da Silva**,

> "Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a *necessidade* do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da *adequação* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Não é o caso. A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito.*
>
> A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado*

[33] SILVA, 2002, p. 26-27. Registro, todavia, a posição em sentido diverso de Luís Roberto BARROSO, para quem, a despeito da origem e desenvolvimento distintos, razoabilidade e proporcionalidade "abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o bastante para serem intercambiáveis**".** BARROSO, 2004, p. 372-373, em especial, a nota de rodapé n. 62.

[34] Robert ALEXY, na famosa nota de rodapé n. 84, expõe seu ponto de vista a respeito do caráter de regras, e não de princípios, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: "A 'máxima' da proporcionalidade é com frequência denominada 'princípio da proporcionalidade'. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras".

[35] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales***.** 3. ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 692-693.

> *a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.[36]

A observância dessa ordem pré-definida para aplicação de suas sub-regras é que torna racional, e não fruto de intuição ou decisionismo judicial, o exame da proporcionalidade.

V.a) DO EXAME DA IDONEIDADE (OU ADEQUAÇÃO).

De acordo com a sub-regra da idoneidade (ou adequação), toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Não se exige que ela realize por completo esse fim, mas tão somente que ela se mostre idônea para favorecer sua obtenção.[37]

É suficiente, nesse exame da simples relação de causalidade empírica entre meio e fim[38], que o meio, nas palavras de **Humberto Ávila**, possa contribuir para a promoção gradual do fim, que o promova minimamente, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor ou o mais seguro[39].

Um fim é considerado constitucionalmente legítimo quando sua consecução é ordenada ou permitida pela Constituição, e ilegítimo quando por ela seja proibido, explícita ou implicitamente.[40]

---

[36] SILVA, 2002, p. 30 e 34.
[37] PULIDO, 2007, p. 693. BOROWSKI, 2003, p. 130. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. - 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.170.
[38] GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241-245.
[39] ÁVILA, 2011, p. 177-179.
[40] PULIDO, 2007, p. 696. BOROWSKI, 2003, p. 130.

Na espécie, o fim da Lei nº 12.234/10 é promover uma maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional penal, razão por que é constitucionalmente legítimo, na esteira do dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade.

Por sua vez, o meio escolhido - impedir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa - é apto, idôneo para promover a realização daquele fim.

Portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da idoneidade (adequação).

V.b) DO EXAME DA NECESSIDADE.

O exame da necessidade impõe a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele escolhido pelo Poder Legislativo e que possam promover igualmente o fim desejado sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.[41]

Trata-se de um **teste comparativo**, de consideração das medidas alternativas que podem promover o mesmo fim,[42] haja vista que uma medida não será necessária se sua finalidade também puder ser alcançada por outro meio que seja ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado ou o restrinja com uma intensidade menor.[43]

No caso de lei, como observa **Carlos Bernal Pulido**,

> "[a] busca de meios alternativos pode ser interminável; esse afã conhece unicamente os limites da imaginação. Sem embargo, o Tribunal Constitucional deve escolher alguns, a fim de poder levar a cabo o exame da necessidade. Para esse efeito, o Alto Tribunal deve selecionar aqueles que, de acordo com os conhecimentos científicos, técnicos, dogmáticos e gerais, existentes no momento da expedição da norma legislativa examinada, teriam podido ou poderiam ser idôneos de alguma maneira a contribuir à obtenção do fim legítimo perseguido pelo Parlamento (...)".[44]

Quais seriam, portanto, outros meios alternativos que, hipoteticamente, se revestiriam de algum grau de idoneidade para alcançar o fim a que se propõe a Lei nº 12.234/10?

[41] ÁVILA, 2011, p. 182.
[42] SILVA, 2011, p.171.
[43] BOROWSKI, 2003, p. 130. ALEXY, 2012, p. 119. PULIDO, 2007, p. 748. MENDES; BRANCO, 2014, p. 227.
[44] PULIDO, 2007, p. 742-743.

Para **Luis Prieto Sanchís,** quando questiona a possível existência de outras intervenções menos gravosas, o juiz deve assumir o papel de um diligente legislador na busca do meio mais apropriado.[45]

O legislador, exemplificativamente, poderia: **i)** criar novos marcos interruptivos do prazo prescricional (*v.g.*, instauração do inquérito, notificação do investigado da instauração da investigação, inquirição do investigado, relatório conclusivo da autoridade policial, recebimento dos autos pelo Ministério Público para formação da **opinio delicti**, decretação de medida cautelar pessoal etc.); **ii)** aumentar todas as penas abstratamente cominadas aos crimes; **iii)** manter as penas existentes, mas aumentar todos os prazos de prescrição pela pena em abstrato previstos no art. 109 do Código Penal.

Na comparação entre medidas potencialmente idôneas, duas são as variáveis a serem consideradas: i) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e ii) o grau de restrição ao direito fundamental atingido.[46]

Na espécie, para promover o fim de maximizar a efetividade das normas penais incriminadoras, os meios alternativos hipoteticamente elegíveis se mostram tão eficientes quanto a vedação da prescrição retroativa, com base na pena concretizada, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa, **mas o aumento de penas e/ou de todos os prazos prescricionais indubitavelmente atingiria,** com maior intensidade**, o direito de liberdade**.

Por sua vez, a criação de novos marcos interruptivos da prescrição na fase da investigação preliminar não afetaria o direito de liberdade de modo menos intenso que a medida legislativa ora hostilizada.

Dessa feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, supera, com êxito, o exame da necessidade.

V.c) DO EXAME DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.

O último exame é o da proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com o qual

> "(…) a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.
>
> Esta definição significa que as vantagens que se obtêm mediante a intervenção legislativa no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para os seus titulares e para a sociedade em geral. Trata-se de uma comparação

[45] SANCHÍS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 204.
[46] SILVA, 2011, p. 171.

> entre a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim".[47]

Esse exame, segundo **Humberto Ávila**,

> "(...) exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?"[48]

Trata-se, desta forma, de um controle de sintonia fina, que indica a justeza da solução alvitrada ou a necessidade de sua revisão.[49]

Essa etapa consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a fim de evitar que uma medida estatal, a despeito de adequada e necessária, restrinja direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.[50]

Dito de outro modo, os benefícios que derivam da proteção penal, da perspectiva do bem juridicamente tutelado, hão de compensar os custos que necessariamente derivam do sacrifício.[51]

Diversamente das regras, cujas antinomias ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios se dão na dimensão do peso.

Quando princípios colidem, estabelecendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido. Será mister a fixação de *relações condicionadas de precedência*, ou seja, a determinação das *condições* sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.[52]

Para se estabelecer a relação de precedência de um princípio sobre outro, aplica-se, de acordo com **Robert Alexy**, a denominada lei do sopesamento: quanto

[47] PULIDO, 2007, p. 763-764.
[48] ÁVILA, 2011, p. 185.
[49] MENDES; BRANCO, 2014, p. 227.
[50] SILVA, 2011, p. 175.
[51] SANCHÍS, 2009, p. 273.
[52] ALEXY, 2012, p. 93-99. SILVA, 2011, p. 50-51.

maior o grau de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. O sopesamento compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos princípios; ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.[53]

Cuida-se, em outras palavras, de estabelecer quais são as razões suficientes para que a um princípio se atribua um peso maior que ao outro, contra o qual colide.

Torna-se imprescindível, aqui, fixar a magnitude, isto é, o peso da importância dos direitos fundamentais afetados, de maneira negativa e positiva, pela intervenção legislativa.[54]

Para tanto, é possível recorrer-se a uma escala de graus de intensidade da afetação de um princípio e da importância da satisfação do outro para fundamentar as premissas da argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Embora haja certo grau de discricionariedade na elaboração dessa escala, o modelo mais comumente utilizado, segundo **Robert Alexy**, é o **triádico**, de três níveis ou graus de intensidade: leve (= fraco, reduzido, débil), médio e grave (= forte, sério, elevado). Nada obstaria, ainda, o recurso a uma escala mais refinada, com nove graus ou níveis (o chamado modelo **triádico duplo**), obtidos mediante a aplicação daqueles três graus a si mesmos, a fim de superar eventuais impasses de enquadramento da escala triádica simples: a) levíssima (= leve/leve); b) moderadamente leve (= leve/média); c) leve quase moderada (= leve/grave); d) moderada tendente para o leve (= moderada/leve); e) moderada propriamente dita (= moderada/moderada); f) moderada quase séria (= moderada/grave); g) levemente séria (= grave/leve); h) moderadamente séria (= grave/moderado); e i) seriíssima (= grave/grave).[55]

Poder-se-ia, também, em vez de utilizar a escala triádica (graus leve, médio e grave), atribuir elementos numéricos crescentes (1,2,3) aos níveis de intensidade da afetação de um princípio e da satisfação do outro, correspondentes àqueles graus, para melhor controlabilidade da argumentação empregada no sopesamento.[56]

De qualquer forma, como ressalta **Virgílio Afonso da Silva**, é mister ter presente que

> "não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos.

[53] ALEXY, op. cit., p. 593-594.
[54] PULIDO, 2007, p. 766.
[55] ALEXY, 2012, p. 593-611. _____La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 25-26 e 40. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 260-283.
[56] ALEXY, 2012, p. 593-611; 2010, p. 25-49. PULIDO, 2007, p. 786-805. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 260-283. SILVA, 2011, p. 175-176.

> **Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a** busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas".[57]

Estabelecidas as premissas do raciocínio a ser empregado, passo ao sopesamento propriamente dito dos princípios ora em conflito.

O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei nº 12.234/10, no que tange à inviabilização da extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e a do recebimento da denúncia com base na pena aplicada, a meu sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados.

Por sua vez, o grau de importância da satisfação dos princípios colidentes - dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, à vista das razões já expendidas no item IV supra, pode ser classificado como intenso ou forte.

Logo, as fortes razões para a intervenção legislativa – maximização do cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade e da efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade, tanto mais que os outros meios à disposição do legislador (aumento de penas ou de todos os prazos prescricionais) poderiam afetá-lo de modo muito mais intenso.

A título de argumentação, ainda que se reputasse forte o grau de afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional.[58]

Dessa feita, o art. 110, § 1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/10, é proporcional em sentido estrito.

Não se alegue que a alteração legislativa em questão importaria em violação do conteúdo essencial do direito de liberdade, haja vista que, de acordo com **Virgílio Afonso da Silva**, se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Referido autor resume seu raciocínio no seguinte silogismo:

[57] SILVA, 2011, p. 175-176, grifo nosso.
[58] ALEXY, 2012 , p. 608.

". restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;

. restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;

∴ restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial".[59]

Não se pode deslembrar que a proporcionalidade, como pondera **Luís Prieto Sanchís**, deve ser aplicada com prudência, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática. Isso, por óbvio, não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta - o que importaria na criação de um espaço isento, de uma "lacuna de constitucionalidade" -, mas, sim, validar opções políticas legítimas.[60]

O Parlamento tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição.[61]

A Lei nº 12.234/10, portanto, se insere na **liberdade de conformação do legislador**, que tem **legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos**, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. Deve o legislador, ao restringir direitos, realizar uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.[62]

VI) DA RAZOABILIDADE DA LEI nº 12.234/10 E DE SEU SUPORTE EMPÍRICO.

A razoabilidade, segundo **Humberto Ávila**, constitui um postulado normativo aplicativo, na medida em que estrutura a aplicação de outras normas, notadamente regras. Dentre as suas várias acepções, a razoabilidade é empregada como **diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência**, com as condições externas de sua aplicação, **seja reclamando a existência de um suporte empírico adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir**. Na primeira hipótese, afastam-se motivos arbitrários; na segunda hipótese, exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma

[59] SILVA, 2011, p. 206.
[60] SANCHÍS, 2009, p. 288.
[61] PULIDO, 2007, p. 498-499.
[62] CANOTILHO, 1998, p. 417-418 e 1025.

e a medida por ela adotada. Não se trata de uma análise de relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. O legislador, portanto, não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, sob pena de violar a exigência de vinculação à realidade. Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias.[63]

Embora sejam diversas suas estruturas de aplicação, como já exposto no item V supra, **a razoabilidade aproxima-se, aqui, do exame da proporcionalidade na sua vertente de proibição do excesso** – *relembre-se que a proporcionalidade também pode ser utilizada para a finalidade oposta, isto é, como proibição por defeito*[64] *ou instrumento contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais*[65] -, **na medida em que ambos têm por objetivo interditar o arbítrio e neutralizar o abuso do poder de legislar, que não pode agir de forma imoderada** (HC nº 99.832/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 31/8/12).

Sob esse prima, não se vislumbra excesso ou imoderação na nova disciplina da prescrição da pretensão punitiva retroativa, uma vez que o dever de congruência está presente na edição da Lei nº 12.234/10, cujo escopo declarado é evitar a impunidade.

Não creio que seja necessário, dada sua notoriedade, lançar mão de pesquisas e relatórios para demonstrar a baixa eficiência dos fluxos do sistema de Justiça Criminal no Brasil, tanto do ponto de vista da investigação quanto da aplicação da sanção penal e de sua efetiva execução.

Cito, exemplificativamente, o Relatório Nacional da Execução da Meta 2 ("A impunidade como alvo") da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) - cujos gestores são o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério da Justiça -, **segundo o qual a taxa de esclarecimento de homicídios no Brasil situa-se entre 5% e 8%**.

Por sua vez, **a taxa de esclarecimento de roubos, no Estado de São Paulo, situa-se entre 2% e 4%.**

Outros dados empíricos, que demonstram a impossibilidade de se investigar, com eficiência, todos os crimes praticados, bem ilustram a vinculação da Lei nº 12.234/10 à realidade.

Apenas no Estado de São Paulo, de janeiro a agosto de 2014, foram instaurados 314.334 inquéritos policiais. Em 2013, foram instaurados, no total, 429.279 inquéritos policiais (dados extraídos do sítio eletrônico da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo).

Em 2013 foram registradas, no mesmo Estado, 4.444 ocorrências de homicídio (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 4.836 e 4.193), 542.888 de furto (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 543.310 e 541.139), 257.062 de roubos (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 237.810 e 235.523) e 215.525 de furto e roubo de veículos (em

[63] ÁVILA, 2011, p. 163-172, grifo nosso.
[64] CANOTILHO, 1998, p. 265.
[65] SILVA, 2002, p. 26-27.

2012 e 2011 foram, respectivamente, 195.685 e 184.311).

De acordo com pesquisa do Instituto Sou da Paz, apresentada no 7º Encontro do Fórum de Segurança Pública, foram registrados no Município de São Paulo, em 2009, 159.578 boletins de ocorrência referentes a crimes de roubo e extorsão. Desse universo, foram instaurados 9.759 inquéritos, dos quais apenas 6.778 foram relatados com a identificação da autoria do crime. Em 2010, foram 145.926 boletins de ocorrência de crimes daquela espécie, em relação aos quais foram instaurados 9.107 inquéritos, dos quais somente 6.510 foram relatados com a identificação da autoria do crime. Em 2011, foram 150.299 boletins de ocorrência, motivando a instauração de 8.944 inquéritos, dos quais somente 6.129 foram relatados com a identificação da autoria do crime.

Somem-se, a essas estatísticas parciais, milhares de outros ilícitos penais (tráfico de drogas, crimes diversos contra a pessoa, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração pública, crimes ambientais etc.), boletins de ocorrência e inquéritos policiais, inclusive relativos a anos anteriores, que, sucessivamente, se cumulam, para investigação.

Diante desses números, encontráveis em todas as esferas (federal, estadual e distrital), e da impossibilidade financeira de o Estado atender, em sua plenitude, a todas as outras demandas sociais, importaria em dissociação da realidade pretender que os órgãos de persecução fossem providos com **toda** a estrutura material e humana para investigar, com eficiência e celeridade, **todo e qualquer** crime praticado.

A avassaladora massa de delitos a investigar é, indiscutivelmente, uma das causas eficientes da impunidade, dada a demora – quando não verdadeira impossibilidade – no seu esclarecimento, na verificação da responsabilidade penal do imputado e na punição dos culpados, assim reconhecidos definitivamente como tais.

Acresça-se a isso a chamada "cifra negra" ou "campo obscuro da delinquência", que se define, segundo **Raúl Cervini**,

> "(...) como a diferença existente entre a **criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados)** e a **criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle)**, que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal". Dentre as inúmeras motivações para a subnotificação de crimes, insere-se a falta de confiança na efetividade do sistema de justiça criminal".[66]

[66] CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 182-191. grifo nosso.

Sob esse aspecto, se é certo que a maior efetividade da tutela jurisdicional penal constitui um dos instrumentos idôneos para minimizar a subnotificação de crimes, por outro, paradoxalmente, teria o efeito de, aproximando a criminalidade aparente da criminalidade real, contribuir para um maior congestionamento do sistema de justiça criminal, retardando ainda mais a tutela jurisdicional final e a execução de eventual sanção imposta.

Vittorio Grevi, ao tratar do *giusto processo,* aduz que o objetivo institucional do processo é verificar os fatos e a responsabilidade do agente, a fim de assegurar o exercício da jurisdição penal, o que, em si, é uma *finalidade neutra*. Embora o processo penal não tenha, de forma imediata, uma finalidade de defesa social, não se pode negar que, como instrumento exclusivo de atuação da lei penal, de forma mediata, cumpre essa finalidade quando advém uma sentença condenatória.

Ao ver de **Grevi**, se não existe justiça sem garantias processuais, **também não há justiça quando o processo não consegue se aproximar do seu resultado natural, que é uma sentença justa**[67] - e menos ainda, acrescento, quando essa mesma sentença justa acaba por não ter efetividade alguma.

No Estado Democrático de Direito, fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores relevantes que são inerentes ao processo penal: assegurar a paz social pela punição dos crimes e garantir a todos os indivíduos o respeito a sua liberdade individual.[68]

Assim, em havendo uma condenação definitiva, a justiça somente se concretiza com sua efetiva execução.

Justo, pois, é assegurar o cumprimento de uma pena justa, proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente, imposta por meio do justo processo legal.

Verbera-se, também, a Lei nº 12.234/10 por supostamente fazer parte do direito penal simbólico.

Nesse ponto, indaga **Claus Roxin**:

> "São legítimas tais leis penais simbólicas? Não se pode responder a esta pergunta univocamente, com um sim ou um não, pois é claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc., tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto

[67] GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 10-11, grifo nosso

[68] FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade, processo penal e dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 532.

> não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal. **Assim, tão importante quanto atuar sobre a consciência da população, a legitimidade depende de se o dispositivo se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica."**[69]

Nesse sentido, a vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena concretizada, entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou da queixa **constitui legítimo instrumento de política criminal do legislador** – assim entendida como um conjunto de ações potencialmente empregadas no tratamento da criminalidade.[70]

Não se trata de se incrementar a repressão, pela via do aumento indiscriminado de penas ou prazos prescricionais, mas de se conferir, repise-se, efetividade às sanções penais já existentes.

Tanto isso é verdade que a mesma Lei nº 12.234/10, ora vergastada, também aumentou **de 2 (dois) para 3 (três) anos o prazo de prescrição quando o máximo da pena cominada for inferior a um ano (art. 109, VI, CP).** Quanto a esse aspecto, nunca se questionou sua constitucionalidade**.**

E qual a razão para o legislador aumentar, especificamente, esse prazo prescricional?

Mais uma vez, a observação empírica de que o prazo anterior de dois anos, **dados a massa de crimes praticados, a estrutura dos órgãos da persecução penal e o inegável congestionamento do Poder Judiciário**, era insuficiente para uma resposta penal efetiva.

VII) DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (art. 5º, II, CF).

A alteração legislativa ora hostilizada não viola o princípio da isonomia.

O art. 110, § 1º, do Código Penal, na nova redação conferida pela Lei nº 12.234/10, dado seu caráter abstrato e geral, não individualiza nem discrimina seu destinatário. Todo e qualquer crime, e, consequentemente, todo e qualquer agente, indistintamente, subsume-se em sua hipótese normativa.

O fato de se admitir a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena concretizada, entre o recebimento da denúncia ou da queixa e marcos interruptivos posteriores mas não entre a data do fato e a daquele primeiro marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, CP) é questão de política criminal que também não vulnera o princípio da isonomia.

---

[69] Claus ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2012. p. 47-48, grifo nosso.
[70] PUIG, 2002, p. 57-58.

Para **Celso Antônio Bandeira de Mello**,

> "o ponto nodular para o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele".[71]
>
> Em suas palavras, para que um discrímen legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:
>
> "a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
>
> b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes,* diferençados;
>
> c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
>
> d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte numa diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público".[72]

Na espécie, qual o discrímen que subjaz à Lei nº 12.234/10?

A meu sentir, a **imputação**.

O legislador, legitimamente, elegeu o recebimento da denúncia ou da queixa, peças nas quais se individualiza e se formaliza a imputação, como o elemento que autoriza discriminar o momento em que a prescrição deixa de ser regulada pela pena em abstrato para ser regulada pela futura pena aplicada na sentença, e essa opção se justifica pela natureza e pela finalidade da investigação preliminar.

A fase da investigação preliminar visa à obtenção de todos os elementos necessários à formação da **opinio delicti**, sem que se possa precisar, de antemão, diante do influxo de inúmeras e incontroláveis variáveis, o tempo necessário à apuração do fato e sua autoria.

Uma vez reunidos os elementos de informação imprescindíveis à formação da **opinio delicti** e instaurada a ação penal, não mais se trata de investigar fatos ainda não perfeitamente delineados e sua autoria, mas de provar – ônus que recai inteiramente sobre o órgão acusatório – os fatos em que se lastreia a imputação. Na

[71] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37.
[72] BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 41.

fase da ação penal, há uma imputação formalizada e um processo instaurado contra um réu individualizado.

Existe, portanto, uma correlação lógica entre esses fatores diferenciais e o regime jurídico distinto da prescrição retroativa fundada na pena aplicada eleito pelo legislador.

Ainda que a fase da investigação preliminar deva, tanto quanto possível, reger-se pelo princípio da duração razoável, não há como submetê-la ao jugo de um limite temporal predeterminado, dada sua própria vocação, que é apurar a existência de uma infração penal e sua autoria.

A despeito da notória insuficiência de recursos humanos e materiais dos órgãos da persecução penal para investigar todos os crimes que lhes são comunicados, a demora na conclusão do inquérito policial ou instrumento equivalente da fase da investigação preliminar não é imputável, única e exclusivamente, a deficiências estruturais.

Há investigações que, por sua própria natureza, são complexas, como as relativas, *v.g.*, a crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro ou que envolvam organizações criminosas, com uma intrincada cadeia de fatos e agentes a desvendar.

A investigação, em sentido amplo, compreende amealhar todos os elementos de informação possíveis para a formação do convencimento do titular da ação penal a respeito da prática de uma infração penal e de sua autoria, o que implica, quando relevante e pertinente, localizar e inquirir vítimas e testemunhas, realizar interceptações telefônicas, buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, perícias etc. Há dados a serem requisitados, compilados, cruzados e analisados, em conjunto com inúmeros outros elementos de informação.

Em outras palavras, a tardança no encerramento da investigação não deriva necessariamente de deficiência estrutural ou negligência dos órgãos da persecução, mas pode ser ínsita à complexidade dos fatos em apuração.

Ademais, **a própria existência do fato pode vir a ser tardiamente descoberta** - como, aliás, sói acontecer em crimes de maior complexidade.

Nesse diapasão, subverteria a ordem das coisas exigir-se que a duração de toda investigação devesse se balizar pelo prazo de prescrição relativo à pena mínima cominada ao crime investigado, a fim de se evitar que, no caso de futura condenação, viesse a ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa, com base na pena aplicada, entre a data do fato e a do recebimento da acusação, uma vez que a efetividade das normas penais e da tutela jurisdicional é um valor constitucional a se resguardar.

Os limites temporais da investigação, repita-se, não podem ser condicionados a um prognóstico de imposição de pena no mínimo legal. Para bem cumprir sua finalidade, a investigação poderá demandar o tempo que se

fizer necessário para a apuração do fato, de suas circunstâncias e de sua autoria, respeitado o prazo de prescrição pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

Enquanto o titular da ação penal pública não vir reunidos todos os elementos necessários à formação de seu convencimento, não há como se coarctar a investigação, salvo, *v.g.*, por falta de justa causa ou pela presença de causa de extinção da punibilidade, **sob pena de frustrar-se o exercício de uma função institucional do Ministério Público, constitucionalmente assegurada** (art. 129, I, CF).

Em suma, pelo imperativo da ausência de uma imputação formalizada pelo titular da ação penal, a prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e a do recebimento da acusação deve sempre reger-se, de acordo com a legítima opção do legislador, pela pena máxima em abstrato cominada ao crime.

VIII) DOS PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (art. 5º, XLVI, CF).

A culpabilidade, como sabido, é fundamento e medida da pena. Como pressuposto de aplicação da pena, a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre quem, agindo com dolo ou culpa, praticou um fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade – que envolve, nas palavras de **Günther Jakobs**, volição e cognição, um querer e um conhecer[73] - são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Como medida da pena, a culpabilidade interdita o excesso na individualização da pena e impõe limites a sua fixação, a exigir que não seja superior à gravidade do fato nem ao grau de responsabilidade do agente.

Não se divisa, portanto, qualquer incompatibilidade entre i) culpabilidade e individualização, como juízo de reprovação e medida da pena; e ii) vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena já individualizada, para garantir sua efetividade.

IX) DA GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (art. 5º, LXXVIII, CF).

A garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), que compreende processos judiciais de qualquer natureza e se estende ao âmbito administrativo, deve ser analisada sob dúplice aspecto: i) o direito a que qualquer processo (civil, penal, trabalhista) se desenvolva em prazo razoável ou sem dilações indevidas, e ii) o direito do réu ou imputado preso à revogação da prisão cautelar, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas.[74]

[73] JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 16.
[74] BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus : Elsevier, 2012. p. 34.

No processo penal, como corolário dessa garantia, o ideal seria que toda investigação, preso ou solto o investigado, fosse concluída no prazo mais célere possível.

Todavia, como já exposto no item VII supra, considerando-se que inúmeras variáveis podem interferir na sua tramitação, a investigação, para bem cumprir sua finalidade, poderá demandar o tempo que se fizer necessário para a apuração do fato criminoso e de sua autoria, respeitado o prazo de prescrição da pretensão punitiva.

Corroborando essa assertiva, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão para trancamento de uma investigação preliminar por mera tardança no seu encerramento, cuja consequência, no limite, somente pode ser a prescrição da pretensão punitiva em razão da pena em abstrato cominada ao crime investigado.

Nesse diapasão, **o principal foco da garantia da razoável duração do processo deve ser a tutela da liberdade de locomoção do investigado** preso, o qual não pode permanecer custodiado cautelarmente por prazo irrazoável.

Se assim o é, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a garantia da razoável duração do processo e a vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada.

Outrossim, segundo **Mario Chiavario**, não há dúvida de que uma maior brevidade dos prazos prescricionais poderia influir positivamente sobre o princípio da duração razoável do processo. Mas se é verossímil que uma "prescrição breve" possa contribuir para estimular a condução célere da investigação e do processo, a fim de não se verem anulados, pela prescrição, os resultados do trabalho já executado, a fixação de lapsos prescricionais inadequados em relação aos recursos humanos e materiais do Estado tem dois efeitos negativos: i) a distorção que a prescrição gera nos objetivos do princípio da duração razoável do processo, **o qual não visa tornar inútil o trabalho de verificação dos crimes mas, sobretudo, torná-lo mais eficaz**, seja no sentido de conduzir a uma tempestiva repressão, seja no de não manter o imputado sob o pesadelo de uma acusação, particularmente se inocente; e ii) o recurso a expedientes dilatórios pela parte, para alcançar a prescrição.[75]

A esse respeito, **Vittorio Grevi** adverte que a prescrição tem se transformado numa espécie de "âncora de salvação", numa "absolvição, pela extinção do crime, arrancada com os dentes".[76]

O legislador, seguramente atento a essa realidade, optou por não mais prestigiar um sistema de prescrição da pretensão punitiva retroativa fundado na pena aplicada, o qual culminava por esvaziar a efetividade da tutela jurisdicional penal.

---

[75] CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica. 2012, p. 290-291, grifo nosso.
[76] GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. XLII.

X) ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO COMPARADA EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO PENAL.

A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença constitui peculiaridade do Código Penal brasileiro, não encontrando similar, até onde é possível discernir, em nenhum outro ordenamento jurídico.

Registro, na parte que interessa, as seguintes legislações alienígenas:

a) O Código Penal Alemão distingue "prescrição da ação penal", baseada na pena máxima abstratamente cominada ao crime (§§ 78 e 78.a), de "prescrição da execução" da pena (§ 79), essa sim regulada pela pena aplicada.[77]

b) O Código Penal Italiano prevê, no art. 157, a "extinção do delito" que se verifica pelo decurso do tempo correspondente ao máximo da pena cominada, nunca inferior a seis anos na hipótese de crime e a quatro anos quando se tratar de contravenção.[78]

Já no art. 172, ao tratar da prescrição da pena, que se inicia no dia em que a condenação se torna definitiva, estabelece que a pena de reclusão se extingue com o decurso de tempo equivalente ao dobro da pena inflingida, em todo caso nunca

[77] Para melhor compreensão, cito tradução para o espanhol, feita por Claudia López Dias. *Título I. Prescripción de la acción penal. § 78. Plazo de prescripción* (1) La prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas (§ 11 inciso primero numeral 5). El § 76 a inciso segundo primera frase numeral 1, quedan invariables. (2) Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben. (3) En tanto que La persecución prescriba 3 asciende el plazo de prescripción a: 1. treinta años para hechos, que son amenazados con pena de libertad de por vida 2. veinte años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo mayor de diez años 3. Diez años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con um máximo mayor de cinco a diez años 4. Cinco años para hechos que son amenazados com pena privativa de la libertad con un máximo de más de un año hasta cinco años 5. Tres años en los restantes hechos (4) El plazo se sujeta a la sanción penal de la ley cuyo tipo penal realiza el hecho, sin consideración delas agravantes o atenuantes que están previstas en los preceptos de la parte general o para los casos especialmente graves o de menor gravedad. *§ 78a. Iniciación* La prescripción inicia tan pronto como este terminado el hecho. Si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, entonces comienza la prescripción a partir de ese momento. (…) *Título II – Prescripción de la ejecución. § 79. Término de prescripción* (1) Una pena o una medida impuesta y ejecutoriada (§ 11 inciso primero numeral octavo) no podrá ejecutarse después del vencimiento del término de prescripción. (2) La ejecución de penas por genocidio (§ 220a) y de penas privativas de la libertad de por vida no prescriben. (3) El termino de prescripción es de: 1. veinticinco años para penas privativas de la libertad de más de diez años 2. veinte años para penas privativas de La libertad de mas de cinco años hasta diez años 3. diez años para penas privativas de libertad de más de un así o hasta cinco años 4. cinco años para penas privativas de la libertad hasta un año y multa de más de treinta importes diarios 5. tres años para multas hasta de treinta importes diarios (4) La ejecución de la custodia de seguridad no prescribe. Para las restantes medidas el término de prescripción es de diez años. Sin embargo, si se ordena la sujeción a vigilancia de autoridad o el primer internamiento en un establecimiento de desintoxicación entonces el termino es de cinco años (5) Si se impone simultáneamente una pena privativa de la libertad y una multa o junto a la pena una medida de privación de libertad, el comiso, La confiscación o la inutilización, entonces la ejecución de una pena o de una medida no prescribe antes que las otras. Sin embargo, una custodia de seguridad ordenada simultáneamente no impide la prescripción de la ejecución de la pena o de otra medida. (6) La prescripción inicia con la ejecutoria de la decisión.

[78] Capo I – Della estinzione del reato (…) *Art. 157.* La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniária (...)

superior a trinta nem inferior a dez anos.[79]

c) O Código Penal Espanhol, no art. 131, ao tratar da "prescrição do delito", prevê que os crimes prescrevem em 20 anos quando a pena máxima cominada for de 15 anos ou mais de prisão; em 15 anos, se a pena máxima for a de prisão entre 15 e 10 anos; em 10 anos, quando a pena máxima for prisão superior a 5 anos e não superior a 10, e em 5 anos para os demais crimes, exceto injúria e calúnia, que prescrevem em um ano.[80]

A legislação espanhola trata com maior rigor a prescrição das penas impostas por sentenças definitivas, uma vez que, no art. 133 do Código Penal, determina que prescrevem em 30 anos as penas superiores a 20 anos; em 25 anos, as de prisão iguais ou superiores a 15 anos e que não excedam a 20; em 20 anos, as de prisão superiores a 10 e inferiores a 15 anos; em 15 anos, as de prisão por mais de 5 e que não excedam a 10; em 10 anos, as demais penas graves; em 5 anos, as penas menos graves, e em 1 ano, as penas leves.[81]

d) O Código Penal Português distingue "prescrição do procedimento criminal" (art. 118º),[82] de "prescrição das penas", a qual "começa a correr no dia em

[79] *Capo II – Della estinzione della pena (…). Art. 172.* La pena della reclusione si estingue col decorso di un tempo pari al doppio della pena inflitta e, in ogni caso, non superiore a trenta e non inferiore a dieci anni. La pena della multa si estingue nel termine di dieci anni. (…) Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena.

[80] Artículo 130. La responsabilidad criminal se extingue (…) 6. Por la prescripción del delito. 7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad. (…) *Artículo 131.* 1. Los delitos prescriben: A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años. A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años. A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10. A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año. (…)

[81] Art. 133 .1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves. (…) *art. 134* "El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde El quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse".

[82] Artigo 118º. Prazos de prescrição. 1 - O procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a prática do crime tiverem decorrido os seguintes prazos: a) 15 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for superior a 10 anos ou dos crimes previstos nos artigos 372º, 373º, 374º, 374º-A, 375º, nº 1, 377º, nº 379º, nº 1, 382º, 383º e 384º do Código Penal, 16º, 17º, 18º e 19º da Lei nº 34/87, de 16 de Julho, alterada pelas Leis nºs 108/2001, de 28 de Novembro, e 30/2008, de 10 de Julho, e 8º, 9º, 10º e 11º da Lei nº 50/2007, de 31 de Agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; b) Dez anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a cinco anos, mas que não exceda dez anos; c) Cinco anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a um ano, mas inferior a cinco anos; d) Dois anos, nos casos restantes. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, na determinação do máximo da pena aplicável a cada crime são tomados em conta os elementos que pertençam ao tipo de crime, mas não as circunstâncias agravantes ou atenuantes. 3 - Se o procedimento criminal respeitar a pessoa colectiva ou entidade equiparada, os prazos previstos no nº 1 são determinados tendo em conta a pena de prisão, antes de se proceder à conversão prevista nos nºs 1 e 2 do artigo 90- Bº 4 - Quando a lei estabelecer para qualquer crime, em alternativa, pena de prisão ou de multa, só a primeira é considerada para efeito do disposto neste artigo.

que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena" (art. 122º).[83]

A legislação portuguesa, à semelhança da espanhola, estabelece prazos de prescrição da pretensão executória **superiores** aos prazos de prescrição da pretensão punitiva, com o nítido propósito de prestigiar a efetividade da sanção penal.

e) O Código Penal Argentino prevê, no art. 59, que a "ação penal" se extinguirá pela prescrição nos lapsos temporais abstratamente estabelecidos em seu art. 62.

No art. 65, estabelece que as penas de reclusão ou prisão prescrevem em tempo igual ao da condenação e que as penas de multa prescrevem em dois anos, contados esses prazos da meia-noite do dia em que notificado o réu da condenação definitiva (art. 66).[84]

f) O Código Penal Colombiano distingue "prescrição da ação penal" e "prescrição da sanção penal". Determina, no art. 83, que a "ação penal" prescreverá em um tempo igual ao máximo da pena fixada em lei, se for privativa de liberdade, mas em nenhum caso será inferior a 5 anos nem excederá a 20, salvo genocídio, desaparecimento forçado e tortura, que prescrevem em 30 anos.[85]

No art. 89, estabelece que a pena privativa de liberdade, ressalvados tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico colombiano, prescreve no termo para ela fixado na sentença ou no restante a executar, não sendo, em nenhum caso, inferior a 5 anos.[86]

g) O Código Penal Chileno determina, no art. 94, que a ação penal prescreve, nos crimes a que se comina prisão perpétua, em 15 anos e, nos demais crimes, em 10 anos.

---

[83] Artigo 122º. Prazos de prescrição das penas. 1. As penas prescrevem nos prazos seguintes: a) Vinte anos, se forem superiores a dez anos de prisão ; b) Quinze anos, se forem iguais ou superiores a cinco anos de prisão; c) Dez anos, se forem iguais ou superiores a dois anos de prisão d) Quatro anos, nos casos restantes 2 - O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena (...).

[84] Artículo 59. La acción penal se extinguirá: (…) 3º. Por la prescripción. (…) *Artículo 62.*- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, El término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa. *Artículo 63***.** La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuese continuo, en que cesó de cometerse (…). *Artículo 65***.** - Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2º. La de prisión perpetua, a los veinte años; 3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de La condena; 4º. La de multa, a los dos años. *Artículo 66.*- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde El quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

[85] *Artículo 83***.** La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. (...).

[86] *Artículo 89.* La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella em la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

Por sua vez, ao tratar da prescrição das penas impostas por "sentença executória" (art. 97) - que se inicia na data do trânsito em julgado da sentença ou da sua violação, desde que se tenha iniciado o seu cumprimento (art. 98) -, estabelece os mesmos prazos genéricos para a prescrição da ação penal, sem considerar a quantidade de pena concretizada na sentença.[87]

h) O Código Penal Mexicano determina que a ação penal prescreverá em um "prazo igual ao termo médio aritmético da pena privativa de liberdade cominada por lei ao delito de que se trate, mas em nenhum caso será inferior a três anos" (art. 105).[88]

No art. 113, determina que, salvo disposição legal diversa, a pena privativa de liberdade prescreverá em um tempo igual ao fixado na condenação, acrescido de 1/4 e nunca inferior a 3 anos, e que a pena de multa prescreverá em 1 ano, contados os prazos da data em que a decisão se tornar executável.[89]

Como se observa, em todas essas legislações estrangeiras a prescrição da pretensão punitiva (ora denominada de "prescrição da ação penal", ora de "prescrição do procedimento criminal"), regula-se, invariavelmente, pela pena máxima abstratamente cominada ao crime, e nunca pela pena aplicada na sentença, **a qual regula, tão somente, a prescrição da pretensão executória**.

Dito de outro modo, nas legislações alienígenas a vocação da pena aplicada na sentença é regular, com efeitos **ex nunc**, a prescrição da pretensão executória após o trânsito em julgado da condenação, não a prescrição da pretensão punitiva, com efeitos **ex tunc**.

Seria lícito afirmar que esses ordenamentos jurídicos violam a proporcionalidade em sentido amplo e os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo, pelo fato de não reconhecerem, em nenhuma hipótese, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, entre a data do fato e a do recebimento da imputação, com base na pena aplicada?

---

[87] Art. 94. La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años. Respecto de los demás crímenes, en diez años. Respecto de los simples delitos, en cinco años. Respecto de la faltas, en seis meses. Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieren penas privativas de libertad, se estará a la mayor. Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados. (...) *Art. 97.* Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben: La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años. Las demás penas de crímenes, en diez años. Las penas de simple delito, en cinco años. Las de falta, en seis meses. *Art. 98.* El tiempo de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse.

[88] Articulo 105. La acción penal prescribirá en un plazo igual al término médio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años.

[89] Artículo 113. Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Parece-me que não.

Cuida-se de mais uma demonstração inequívoca de que, embora a pena justa para o crime seja aquela imposta na sentença, é uma questão de política criminal, **a cargo do legislador**, estabelecer-se se a prescrição, enquanto não transitada em julgado a condenação, deve ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nessa última hipótese, definir-se a extensão de seus efeitos **ex tunc.**

Se, na lição de **Hans-Heinrich Jeschek,** "nem tudo o que aparece como eficaz é justo",[90] penso que a alteração legislativa, ora vergastada, mostra-se constitucional, justa e eficaz, razão por que deve ser prestigiada.

Com essas considerações, presente a constitucionalidade do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10, **denego a ordem.**

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu parabenizo Vossa Excelência pelo excelente voto que trouxe, que abordou o tema sob o prisma do direito temporal, do Direito comparado, da doutrina, da jurisprudência, examinou o estado atual da questão, o direito positivo, para chegar a uma conclusão. É um voto exaustivo, sem dúvida nenhuma, que conclui pela constitucionalidade dessa alteração legislativa que modificou o artigo 110, § 1º, do Código Penal, razão da edição da Lei 12.234/2010. Portanto, Vossa Excelência denega a ordem.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também eu cumprimento o eminente Ministro Dias Toffoli pelo voto que esgotou a reflexão sobre a matéria, e também eu entendo que a lei é legítima e que foi um exercício válido de liberdade de conformação pelo legislador.

De modo que também estou denegando a ordem.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, também acompanho, com os cumprimentos pelo exaustivo voto do Ministro Dias Toffoli. Não vejo nessa legislação, que certamente não eliminou o instituto da prescrição penal, como se alegou, nenhuma incompatibilidade com as normas constitucionais. Acompanho o Relator.

[90] JESCHEK. , 1981, p. 30.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, também cumprimento o Ministro Toffoli pelo voto brilhante proferido. Acompanho Sua Excelência. Entendo plenamente hígida a norma acoimada de inconstitucional.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também reitero, como fizeram os Colegas, o brilhantíssimo voto do Ministro Toffoli, muito bem lançado, é uma peça realmente, como várias outras que Vossa Excelência tem trazido, primorosa, quanto à análise, sob todos os aspectos do caso. Concluo tal como o Ministro-Relator no sentido da denegação da ordem por não vislumbrar, como ele bem comprova, qualquer mácula que pudesse comprometer a validade da norma posta em questão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também eu gostaria de cumprimentar o Relator pelo cuidadoso e exaustivo voto trazido.

Na verdade, é um estudo completo desse tema, tanto no que diz respeito ao desenvolvimento da prescrição retroativa, como também no que concerne à questão colocada no Direito comparado. E como nós vimos também, Sua Excelência fez visita inclusive aos elementos fáticos existentes, aquilo que se chama, na linguagem de Friedrich Müller, de âmbito normativo, demonstrando até mesmo as razões pelas quais o legislador teria buscado proceder a essa alteração para não acabar por consagrar, nesse lapso, a prescrição e, por conseguinte, a impunidade.

Nós mesmos, que lidamos com o processo criminal, temos verificado quão difícil - muitas vezes, na Turma, tem ocorrido isso - é fixar a pena com algum proveito, quer dizer, depois do processo tramitar, estabelecemos a dosimetria adequada para não fazermos elevações artificiais e, depois, verificamos também aqui a prescrição. E, no caso, o que se discute é a prescrição da pretensão punitiva. Sua Excelência se houve com relevo, com perfeição digna deste Tribunal no trato da matéria, respondendo inclusive às indagações feitas a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade ou da eventual desproporcionalidade da medida.

De modo que, louvando a atuação cuidadosa da Defensoria Pública, que nós sempre destacamos, mas eu gostaria de felicitar o Ministro Toffoli por mais essa belíssima contribuição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fiquei vivamente impressionado com as estatísticas reveladas pelo ministro Dias Toffoli, considerados os crimes que ficam no limbo e não são apurados. Em uma visão que, para mim – pode não ser a dos colegas –, apontaria como aligeirada, talvez a culpa – quem

sabe? – seja da passagem do tempo. Talvez a culpa – quem sabe? – seja desse instituto tão importante para viver-se em um Estado Democrático de Direito, que é o da prescrição, no que encerra, em última análise, nada mais nada menos do que segurança jurídica.

Gostaria de ressuscitar Câmara Leal, no clássico "Prescrição e Decadência", livro com o qual me defrontei nos bancos da Nacional de Direito, e relembrar que prescrição pressupõe inércia. Daí dizer-se que o termo inicial do prazo coincide com o nascimento da ação. No caso, coincide com a pretensão punitiva, quer se trate de ação pública incondicionada ou de ação privada, de queixa-crime.

Há um sistema, Presidente, que precisa ser mantido, preservado, tomando-se de empréstimo o que decorreu do bom senso, do fato de que, em Direito, o meio justifica o fim, jamais este, aquele, sob pena de grassar o justiçamento, grassar a babel.

Já se tem um equilíbrio, considerado o binômio justiça e segurança jurídica. Esse equilíbrio, inegavelmente, decorre de opção político-normativa. Potencializado o predicado justiça, não se teria o efeito do tempo, haveria a inocuidade do fator tempo, e não haveria um fim na parafernália de recursos, porque sempre há a possibilidade de decisão discrepante da ordem jurídica. Almeja-se a justiça, ela é latente, mas a decisão é formalizada por homens. Como dizia Eliézer Rosa: a Justiça é obra do homem, é passível de falha.

Mas há outro predicado que não pode ser colocado em segundo plano: segurança jurídica. Tem-se a limitação recursal e os dois institutos, um ligado ao Direito e o outro à pretensão. Refiro-me à decadência e à prescrição propriamente dita.

A prescrição penal, o curso da prescrição penal já está suficientemente mitigado, flexibilizado pelo Código Penal, no que o artigo 117 alude aos fatores interruptivos do prazo prescricional – deixando mais em paz a máquina judiciária, em termos de consciência. Tem-se o recebimento da denúncia, a pronúncia, a confirmação da pronúncia, a sentença – refiro me, aqui, não à sentença como ato do Juízo, mas ao gênero decisão, alcançando, também, os pronunciamentos estampados em acórdãos –, o acórdão condenatório.

Tudo recomenda que, cometido um crime, atue o Estado, mediante atividade a ser desenvolvida pela Polícia Judiciária, e atue o Estado-acusador, que é personificado pelo Ministério Público, por membro do Ministério Público. Tendo em conta a prática criminosa, os elementos envolvendo-a, tudo recomenda que o Estado seja eficiente, quer sob o ângulo da polícia, quer sob o ângulo da persecução criminal, e, presentes os elementos do delito, implemente a investigação. Pagam-se tributos suficientes para ter-se o Estado aparelhado. Aparelhado no bom sentido, porque esse vocábulo tem sido utilizado para finalidades espúrias. Aparelhado o Estado no bom sentido, ou seja, para atender aos anseios sociais quanto à paz, quanto à segurança jurídica.

Dizer-se que, praticado o crime, não se tem – e a tanto se chega – a pretensão punitiva do Estado é até mesmo, Presidente, contrariar a ordem natural das coisas. De duas, uma: ou não há pretensão punitiva, por não nascida ainda a ação, ou já nasceu a ação e deve o Estado atuar, sob pena de, em homenagem à segurança jurídica, incidir a prescrição. É o sistema que não pode ser diverso, considerada a persecução criminal. Ou seja, a prescrição necessariamente coincide, em termos de contagem do prazo, com o nascimento da ação. Praticado o crime, nasce a pretensão punitiva, quer mediante oferecimento imediato da denúncia, quer, se preciso, procedendo-se à necessária investigação.

Dois artigos da Constituição Federal, da Lei das leis, referem-se à segurança jurídica, colocando-a no mesmo patamar da saúde e do direito à vida. Aludo aos artigos 5º e 6º. Indago, Presidente: presentes regras da Constituição, presente a interpretação sistemática das diversas normas da prescrição, é dado assentar que há razoabilidade em se expungir do cenário jurídico a contagem do prazo prescricional, ante a prática delituosa? Até que surja a denúncia, a meu ver, não. Para assim concluir, basta que se considere que veio uma norma simplesmente pedagógica, porque esse direito já era ínsito, prevendo que o cidadão conta com a duração razoável do processo, ao desfecho do processo, seja cível, seja criminal, em um prazo razoável. E que o Estado atue, que o Estado realmente dê infraestrutura à Polícia Judiciária, ao Ministério Público, ao Judiciário, viabilizando a eficácia, a concretude maior desse direito constitucional, que é o direito a ter-se o término do processo, seja qual for, em um período razoável.

Há mais, Presidente. Surge um problema sério, porque não se terá base para concluir pelo móvel de certa garantia constitucional. O que nos vem do inciso XLIX do artigo 5º? Que, no caso de inércia do Estado-acusador na ação penal pública incondicionada, é possível a ação privada substitutiva. É o que está no preceito. Quando se poderá atuar no campo privado, considerada a inércia do Estado-acusador? Se não houver um prazo para o Estado-acusador atuar e, avizinhando-se o término, ter-se a iniciativa privada, esse preceito, o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, ficará em segundo plano.

Ainda há mais, Presidente. É medula da Constituição Federal o tratamento igualitário. Por que agora, em relação ao todo-poderoso Estado, não haverá o curso da prescrição, presente um delito? Presente um delito em relação ao qual a sociedade tem interesse na apuração imediata, mas que não seja a ferro e fogo, observados os parâmetros próprios normativos. Caso se diga que não corre a prescrição, estar-se-á aditando a Carta da República, porque é exaustiva no que aponta os crimes imprescritíveis, muito embora se esteja aditando de forma mitigada, de forma balizada no tempo, ao proclamar que, cometido o crime, até que o Ministério Público se mova, quanto à persecução criminal, não há o curso do prazo prescricional. Nesse período, todo e qualquer crime, pouco importando a gravidade, fica imprescritível? Será que isso se coaduna com a Lei Fundamental? Com os princípios da segurança jurídica, da atuação, a modo e tempo, do Estado?

Com a questão alusiva à substituição da ação penal pública incondicionada pela privada? Com a imprescritibilidade exaustiva prevista na própria Carta? A resposta é negativa. Haverá, caso contrário, um verdadeiro aditamento ao Diploma Maior.

Com razão o mestre René Ariel Dotti; com razão Pierpaolo Cruz Bottini; com razão Cezar Roberto Bitencourt, no que colaram a essa inovação – e de bem-intencionados o Brasil está cheio e até parece que, com o preceito, não se terá mais práticas criminosas – da lei, para mim, nesse ponto, famigerada, a Lei nº 12.234/2010, a pecha de inconstitucional.

O sistema, Presidente, ficará capenga caso o Supremo, guarda maior da Carta da República, diga que, praticado um crime – o gravame é muito grande, considerado esse ato –, o Ministério Público não tem prazo para atuar, ainda que haja dados suficientes para a propositura da ação penal, independentemente da investigação.

Peço vênia, Presidente, e por isso mesmo não posso elogiar o voto do Relator, como o fizeram os ilustres colegas, para divergir e conceder a ordem, proclamando aos quatro ventos que o disposto, hoje, na parte final do § 1º do artigo 110 do Código Penal, presente a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, não se harmoniza com a Carta Federal. Declaro a inconstitucionalidade dessa parte final do preceito, ou seja, da expressão "não podendo, em nenhuma hipótese," – cercaram por todos os lados, até parecendo jogo do bicho – "ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa". Quer dizer, o cidadão que tenha interesse em ajuizar uma ação privada penal não tem prazo para fazê-lo, o Ministério Público também não o tem. Hoje, pelo que sei, o Ministério Público está mais bem estruturado do que a própria magistratura, tanto que agora está em voga inverterem-se valores: em vez de os membros pretenderem equiparação aos integrantes da magistratura, os integrantes da magistratura é que estão correndo atrás dos direitos do Ministério Público, para se situarem no mesmo patamar. Quem sabe, daqui a pouco, o tenhamos – e sou egresso do Ministério Público, podendo falar tranquilamente – como um Poder da República.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Desnecessário acrescentar, Senhor Presidente, outras observações *ao magnífico voto* que acaba de proferir, *nesta sessão plenária*, o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, que fez primorosa análise do surgimento, *em nosso sistema penal*, do instituto da prescrição da pretensão punitiva do Estado, *em sua modalidade retroativa*.

Por tal razão, *peço vênia* para, **ao acompanhar**, *integralmente*, o excelente voto do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, **reconhecer** *a plena constitucionalidade* **do § 1º** do art. 110 do Código Penal, **na redação** dada pela Lei nº 12.234/2010, **e**, *em consequência*, **indeferir** o pedido de "*habeas corpus*".

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Diante do substancioso voto do Ministro Dias Toffoli e dos argumentos que se seguiram, também denego a ordem. Cumprimento o Doutor Gustavo de Almeida Ribeiro pela brilhante sustentação oral que fez e peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio por dele discordar.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.694

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S): BRUNO LEITE PAPA

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Falaram, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte - Assessoria-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE: GRACIANE MULLER SELBMANN
ADVOGADO: JULIANE GONZAGA SCOPEL E OUTRO(S)
RECORRIDO: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A
ADVOGADOS: JAIME OLIVEIRA PENTEADO E OUTRO(S)
PAULO ROBERTO ANGHINONI
GABRIELA FAGUNDES GONÇALVES
FABIO OLIVEIRA SANTOS
ANA LUCIA MATEUS

EMENTA

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa,

titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); *alimentos gravídicos*, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 04 de setembro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Graciane Muller Selbmann ajuizou ação de cobrança de seguro obrigatório em face da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. A autora noticiou ter sofrido acidente automobilístico que lhe causou várias lesões corporais e do qual resultou a morte do marido e a interrupção de sua gravidez - óbito fetal. Em razão da perda do nascituro de aproximadamente 4 (quatro) meses, requereu o pagamento do seguro DPVAT correspondente à indenização por morte, nos termos do que dispõe o art. 3º, *caput* e inciso I, da Lei n. 6.194/1974.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio do Sul/SC julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) a título de indenização pela morte do nascituro, com as devidas correções e acréscimos (fls. 94-97).

Em grau de apelação, todavia, foi modificado o julgado e negada a indenização, nos termos da seguinte ementa:

> AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA QUE ESTAVA GRÁVIDA. ÓBITO DO FETO. DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO. EXEGESE DO ARTIGO 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. TITULARIDADE DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DE DIREITOS PATRIMONIAIS. CONDIÇÃO. NASCIMENTO COM VIDA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> Não faz jus à indenização decorrente do seguro obrigatório DPVAT a grávida que, em razão de evento de trânsito, vem a sofrer aborto. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no artigo 2º do Código Civil de 2002, adota a teoria

> condicionalista, reconhecendo ao nascituro a titularidade de direitos personalíssimos - vida, nome, proteção pré-natal, etc - condicionando os direitos patrimoniais ao nascimento com vida, sobre eles havendo apenas mera expectativa de direito (fl. 175).
>
> ---

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio, ofensa ao art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.194/1974 e art. 2º do Código Civil.

A recorrente busca, em síntese, o pagamento de indenização do seguro DPVAT por morte, em razão do perecimento do feto de 4 (quatro) meses de que era gestante, por ocasião do acidente automobilístico.

Contra-arrazoado (fls. 229-234), o recurso especial foi admitido (fls. 238-239).

É o relatório.

EMENTA

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.
>
> 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.
>
> 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); *alimentos gravídicos* , cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor

cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. É incontroverso que a autora se vitimou em acidente automobilístico em 27.9.2009, quando então teve interrompida sua gravidez de 4 (quatro) meses, com a declaração de morte fetal. Pretende a condenação da recorrida ao pagamento de indenização por morte, com base no art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.194/1974, com a redação então vigente, nos termos seguintes:

> Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
>
> I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;
>
> ----------

O acórdão recorrido negou o direito à indenização a partir da leitura feita do art. 2º do Código Civil, no tocante ao tratamento legal conferido ao nascituro.

A fundamentação, no que interessa, foi a seguinte:

> Como se vê, a norma *sub examine* [art. 3º da Lei n. 6.194/1974] não disciplina a presente situação, limitando-se a, genericamente, determinar o pagamento de reparação no valor indicado na hipótese de morte de vítima de acidente de trânsito.
>
> O Código Civil prevê no artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".
>
> [...]
>
> O ordenamento jurídico, portanto, reconhece e concede ao feto uma categoria especial de direitos, os direitos chamados personalíssimos, *v.g.* direito à vida, direito à proteção pré-natal, dentre outros, mas os direitos patrimoniais são atribuídos apenas aos que nascem com vida.
>
> Desse modo, conclui-se que a potencial genitora não faz jus à indenização em virtude do óbito do nascituro, principalmente porque a personalidade jurídica do feto somente advém do nascimento com vida.
>
> Frise-se, outrossim, que nada impede venha ela a reclamar indenização por danos morais, em razão do cometimento de ato ilícito, algo porém, completamente distinto da indenização securitária do DPVAT.
>
> [...]
>
> Nessa linha, o nascituro detém mera expectativa de direitos em relação aos proveitos patrimoniais, cuja condição depende, diretamente, do seu nascimento com vida.
>
> Nessa linha e em atenção aos argumentos deduzidos e ainda em consonância com o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, não se tratando de configuração do fato previsto no

> artigo 3º da Lei n. 6.194/74, impõe-se a reforma da sentença, conhecendo-se do recurso e dando-lhe provimento (fls. 179-180).
> ----------

3. Todavia, se bem compreendida a controvérsia, não busca a autora "direitos patrimoniais" do nascituro, como se tais direitos devessem, antes, ter sido transmitidos por herança à autora. Em outras palavras, não se está a vindicar direito sucessório - originariamente do nascituro -, mas direito próprio da genitora ao recebimento da indenização do seguro obrigatório DPVAT.

É que, no caso de morte, por razões óbvias, a pessoa do beneficiário do seguro - DPVAT ou qualquer outro - não coincide com a da vítima do sinistro. Embora ocioso ressaltar, o art. 4º da Lei n. 6.194/1974 (com a redação vigente à época) reconhece expressamente que a "indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais. Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados". Em linha semelhante, dispõe o atual art. 792, *caput*, do Código Civil.

Portanto, a questão a ser resolvida é saber se a autora - beneficiária legal do seguro DPVAT -, em razão da morte intrauterina do feto gestado, tem os "direitos patrimoniais" que lhe foram negados pelo acórdão recorrido.

4. A controvérsia passa, de fato, pela correta exegese do art. 2º do Código Civil de 2002:

> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
> ----------

Em linhas gerais, as correntes doutrinárias que negam ao nascituro a titularidade de direitos potencializam a primeira parte do citado preceito legal, no sentido de que a personalidade civil da pessoa só se inicia no nascimento com vida. Por outro ângulo de análise, as teses que elastecem os direitos do nascituro enfatizam a parte final do dispositivo, a qual faz referência a direitos que são postos a salvo desde a concepção.

São, em suma, três teorias que tentam abarcar, cada qual a seu modo, as conclusões acima listadas.

Pela *teoria natalista* , a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento. Os adeptos dessa tese defendem que a titularização de direitos e personalidade jurídica seriam conceitos inexoravelmente vinculados, de modo que, inexistindo personalidade jurídica anterior ao nascimento, a consequência lógica é que também não há direitos titularizados pelo nascituro, mas mera expectativa. Os principais

partidários da teoria natalista foram os comentaristas e doutrinadores clássicos do Código Civil de 1916, como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Eduardo Espínola e Vicente Ráo.

Por outra linha, tem-se a *teoria concepcionista* , para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento. Sustentam que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Encabeçaram tal corrente, entre os antigos, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França e Teixeira de Freitas; entre os contemporâneos do Código Civil de 2002, destacam-se Antônio Junqueira de Azevedo, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Giselda Hironaka e Silmara Juny Chinellato e Almeida – professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atualmente tida como a principal estudiosa do assunto.

Por fim, aponta-se, ainda, a existência de corrente intermediária, conhecida como *teoria da personalidade condicional* , para a qual a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas o nascituro titulariza direitos submetidos a condição suspensiva, ou direitos eventuais. Citam-se como partidários Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro e Arnaldo Rizzardo.

Diante do intenso debate entre doutrinadores de peso, parece mesmo arriscado afirmar, peremptoriamente, que o direito brasileiro tenha adotado, no mais alto grau de pureza, tal ou qual teoria acerca da situação jurídica do nascituro.

Porém, a despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

Primeiramente, o art. 1º afirma que "[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", o que não impede que outros sujeitos/entes/situações jurídicas desprovidos de personalidade jurídica também o sejam, como é o caso da massa falida – a qual, pelo seu viés subjetivo, configura a coletividade de credores –, condomínio e a herança jacente. Tais entes despersonalizados fornecem seguros sinais de que, do ponto de vista técnico-jurídico, se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa.

Outro aspecto a ser observado é o de que o Código Civil de 2002, mesmo em sua literalidade, não baralha os conceitos de "existência da pessoa" e de "aquisição da personalidade jurídica".

Nesse sentido, o art. 2º, ao afirmar que a "personalidade civil da pessoa começa com o nascimento", logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que "personalidade civil" e pessoa não caminham umbilicalmente juntas. Isso

porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Donde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria nenhum sentido lógico na fórmula "a personalidade civil da pessoa começa", se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento.

Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a "existência da pessoa", o fez expressamente. É o caso do art. 6º, o qual assere que "[a] existência da pessoa natural termina com a morte", e do art. 45, *caput*, segundo o qual "[c]omeça a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro". Tal circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à "existência da pessoa natural", a qual, se por um lado não há uma afirmação expressa de quando se inicia, por outro lado não se pode considerar como iniciada tão somente com o nascimento com vida.

Portanto, extraem-se conclusões que afastam a ideia de que só pessoas titularizam direitos e de que a existência da pessoa natural só se inicia com o nascimento.

Porém, segundo penso, a principal conclusão é a de que, se a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento, nascituro deve mesmo ser considerado pessoa, e, portanto, sujeito de direito, uma vez que, por força do art. 1º, "[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

Na mesma linha de que o nascituro é, verdadeiramente, uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil prevê a legitimação para suceder não só das "pessoas nascidas", mas também das pessoas "já concebidas no momento da abertura da sucessão".

E mais, o direito de receber doação (art. 542 do Código Civil), de ser curatelado (art. 1.779 do Código Civil), a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro), e recentemente a edição da Lei n. 11.804/2008, que positivou os chamados *alimentos gravídicos* , cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe.

Porém, a par dos citados exemplos, parece ser no direito penal que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida".

Nesse ponto, a doutrina criminalista indica com precisão qual o objeto jurídico de proteção na tipificação penal do aborto:

> Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção

> (fecundação do óvulo) existe um ser em germe que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63).
> ----------

No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658.

5. Com efeito, ao que parece, o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.

Confira-se, por todos, o magistério de Silmara J. A. Chinelato e Almeida, que entende ser o nascituro uma pessoa, detentor de personalidade civil e, por consequência, titular de direitos:

> A despeito da redação aparentemente contraditória do art. 4º do Código Civil [refere-se ao CC/1916], que, estabelecendo o início da personalidade civil do nascimento com vida, concede direitos e não expectativas de direitos ao nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema agasalhado pelo Código, que reconhece direitos e estados ao concebido desde a concepção – nem sempre dependentes do nascimento com vida –, em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do Direito. Utilizando-nos dos métodos lógico e sistemático de interpretação, entendemos que o art. 4º em tela consagra a teoria concepcionista e não a natalista. O nascituro é pessoa desde a concepção (ALMEIDA, Silmara Chinelato e. *Tutela civil do nascituro* . São Paulo: Saraiva, 2000, p. 349).
> ----------

Ressalte-se, ainda, que o fato de nem todos os direitos poderem ser titularizados ou exercidos pelo nascituro não é relevante para a constatação de que o nascituro pode ser considerado uma pessoa, haja vista que nem todas as pessoas exercem de forma plena todos os direitos, como é o caso dos incapazes e presos.

De resto, ainda que se assim não entendesse – ou seja, ainda que se admita não ser o nascituro uma pessoa ou detentor de personalidade jurídica –, parece ter razão César Fiúza, para quem esse imbróglio conceitual pode ser solucionado satisfatoriamente com a *teoria dos sujeitos de direito sem personalidade* , para cujo desenvolvimento concorreu também Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Confira-se:

> Tradicionalmente, é dogma na doutrina jurídica que só as pessoas são sujeitos de direitos. A partir da concepção de que a essência da personalidade é a qualidade de ser sujeito de direito, a partir daí, erroneamente, partiu-se do pressuposto de que só as pessoas seriam sujeitos de direitos. O pressuposto é, obviamente, falso. Qual seria seu fundamento? Dizer que a pessoa é ontologicamente um sujeito de direitos está correto. Mas daí dizer que o sujeito de direitos é ontologicamente pessoa não faz sentido. Pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra.
>
> Sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica. Pessoa é essencialmente isso, mas é muito mais, como pudemos averiguar. Assim, toda pessoa é essencialmente um sujeito de direitos, mas o sujeito de direitos não é essencialmente pessoa. A essência dos sujeitos de direitos não é a personalidade, mas a titularidade de direitos e deveres na esfera do Direito. Isso significa que pode exercer, que goza de direitos e possui deveres, que lhes podem ser exigidos.
>
> Partindo, pois, da concepção de que nem todo sujeito de direito será pessoa, chegamos à conclusão lógica de que os entes ditos sem personalidade, mas tratados como se fossem pessoas, por serem titulares de direitos e deveres, são, na verdade, e ontologicamente, sujeitos de direitos, exatamente por comungarem a mesma essência, serem titulares de direitos e deveres.
>
> [...]
>
> Os casos mais importantes, para cuja solução é necessário se invocar a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade, são três, a saber, o nascituro, a herança jacente e a massa falida.
>
> Em ambos os casos, não se cuida de um grupo de pessoas representadas por alguém, como o condomínio, o espólio etc. Cuida-se ou bem de um ser humano em gestação, pessoa *in potentia*; ou bem de um acervo patrimonial, de fato, acéfalo; quando nada, sem aparência de possuir dono.
>
> O nascituro é um ser humano, em gestação no útero materno. O art. 2º do Código Civil é bem claro ao dispor que a personalidade humana começa do nascimento com vida. Sendo assim, o nascituro não é pessoa. Como entender, então, que possa ter direitos, como o direito à saúde, à vida, direitos sucessórios e outros? E é o próprio art. 2º do Código Civil que diz estarem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

> A explicação é muito simples: conquanto não seja pessoa, por não ter nascido, o nascituro já goza de direitos; é, portanto, sujeito de direitos sem personalidade (FIUZA, César. *Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade* . p. 13-17).
>
> ---

6. Por outro ângulo, cumpre frisar que as teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

O paradigma no qual foram edificadas observava o cariz nitidamente patrimonialista dos direitos, razão pela qual se mostrava até mais confortável a defesa da tese de que o nascituro só detinha expectativa de direitos ou direitos condicionados a evento futuro, haja vista que se raciocinava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais.

Porém, atualmente isso não mais se sustenta, uma vez que se reconhecem, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

Hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

7. No caso concreto, segundo penso, isso é o que basta para julgar procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

Sobre o tema, há um único precedente da Terceira Turma, que adotou a mesma solução ora proposta:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6.194/74.
>
> **1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.**
>
> **2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a**

indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

(REsp 1.120.676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011).

---

8. Finalmente, a natureza jurídica do seguro DPVAT também aconselha a solução aqui apresentada.

Cuida-se de seguro que se ancora em finalidade eminentemente social, qual seja, a de garantir, inequivocamente, que os danos pessoais sofridos por vítimas de acidentes com veículos automotores sejam compensados ao menos parcialmente, e ainda que pela figura do beneficiário. Visa, assim, compensar danos das mais diversas categorias.

Bem por isso que o valor correspondente ao DPVAT deve ser deduzido na indenização a ser paga pelo causador do dano, nos termos da Súmula n. 246/STJ: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada".

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial, restabelecendo-se a sentença, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (PRESIDENTE): Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, inicialmente cumprimento V. Exa. pelo voto, que é precioso no estudo que faz acerca dos direitos do nascituro.

Penso que, em debate, podemos também refletir acerca da natureza jurídica da indenização paga pelo DPVAT, se seria exclusivamente patrimonial ou se representa também uma reparação moral para a vítima ou para os beneficiários da apólice quando ocorre a morte, caso em que, como V. Exa. se referiu muito bem em seu voto, a vítima e o beneficiário não podem nunca coincidir. É o que temos aqui.

Tem-se caso em que a futura mãe reclama a indenização ou a reparação prevista no seguro DPVAT pela morte do feto.

A legislação do seguro estabelece que: *"A indenização, no caso de morte, será paga, na constância do casamento [não é o caso], ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais."*

Então, a mãe estaria aqui na condição de herdeira do nascituro, que, na verdade, só legaria direitos sucessórios se tivesse nascido com vida? A resposta a essa indagação importa em definirmos a natureza jurídica da indenização que é paga pelo seguro DPVAT, que é aquele seguro obrigatório que todos os veículos no Brasil têm para acorrer esses casos de acidentes. Como a reparação é tabelada em lei, no seguro DPVAT, não me parece que possamos necessariamente entender ser meramente patrimonial essa reparação. Ela tem, sim, parece-me, um cunho satisfatório, um cunho moral, reparador, de diminuir o sofrimento, a dor, enfrentados pela pessoa, porque, como é tabelada, mesmo no caso em que não haja morte, a vítima pode ter despesas muito maiores do que aquelas que o valor do seguro vai cobrir.

No caso de morte, então, estamos falando de meros R$13.000,00 (treze mil reais) por uma vida. Assim, essa indenização prevista no seguro DPVAT é, sobretudo, de ordem moral. É predominantemente de ordem moral. Uma satisfação mínima que o Estado brasileiro impõe seja assegurada às vítimas de acidentes de trânsito e aos seus familiares, no caso de morte, de modo que esses acidentes, que, infelizmente, são tão inevitáveis e frequentes no dia a dia da vida social, não fiquem sem qualquer consequência minimamente reparadora para as pessoas que deles padeceram.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator. Dou provimento ao recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, cumprimento o Ministro Relator pelo voto que acompanho com os acréscimos oferecidos por V. Exa.

DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2013/0360491-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.415.727 / SC

Números Origem: 00066888420118240054 00713262620138240000 054110066883 20120509330 20120509330000100 201303604913 54110066883 66888420118240054

PAUTA: 04/09/2014 JULGADO: 04/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretário
Bel. ROMILDO LUIZ LANGAMER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: GRACIANE MULLER SELBMANN
ADVOGADO: JULIANE GONZAGA SCOPEL E OUTRO(S)
RECORRIDO: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT S/A
ADVOGADOS: JAIME OLIVEIRA PENTEADO E OUTRO(S)
PAULO ROBERTO ANGHINONI
GABRIELA FAGUNDES GONÇALVES
FABIO OLIVEIRA SANTOS
ANA LUCIA MATEUS
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Seguro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.864 - MG (2009/0059035-4)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE: UNIÃO
RECORRIDO: MÁRCIA STAINO COSTA
ADVOGADO: MANOEL JOSÉ BRANDÃO TEIXEIRA JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO: MARIA DE LOURDES AGUIAR TEIXEIRA
ADVOGADO: LUÍS MARCELO CAPANEMA E OUTRO(S)
RECORRIDO: HÉLIO MINARDI - ESPÓLIO
RECORRIDO: OLEGÁRIA LEITE DA FONSECA E OUTRO
ADVOGADO: ANDRÉ LUIZ FARIA DE SOUZA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO *"A QUO"*. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O termo *"a quo"* para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. *"Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito"* (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992).

4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, §

7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Sustentou oralmente, pela recorrente, o Dr. Rodrigo Frantz Becker.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Presidente

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso especial interposto pela UNIÃO, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.

Consta dos autos que a Recorrente ajuizou ação rescisória, buscando desconstituir decisão do Tribunal de origem que deu provimento a recurso de apelação dos Recorridos, julgando procedente pedido de reposição de Plano de Classificação de Cargos e Salário (PCCS).

O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região extinguiu o processo com fundamento no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, por entender exaurido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, consoante os fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA.

1. *Orientação jurisprudencial da Suprema Corte, e em igual linha*

> *desta eg. Corte Regional, no sentido de que o prazo decadencial para propositura de lide rescisória não se suspende, não se interrompe, nem se dilata, ainda quando seu termo final recaia em sábado, domingo ou feriado.*
>
> 2. *Passado em julgado o acórdão rescindendo aos 19 de abril de 2001, e proposta a ação rescisória em 22 de abril de 2003, já exaurido o prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 495 do Código de Processo Civil.*
>
> 3. *Processo julgado extinto, com fundamento no quanto disposto no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil."* (Fl. 231, grifos no original.)

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Inconformada, a União interpôs o presente recurso. Aponta a Recorrente, nas razões do especial, violação ao art. 184, § 1.º, do Código de Processo Civil. Sustenta a tempestividade da ação rescisória, sob o argumento de que, *"tendo o prazo final sido no sábado, prorroga-se para o primeiro dia útil, ou seja, segunda-feira. Contudo, esta segunda-feira, foi dia 21 de abril, sendo de conhecimento público que se trata de* ***feriado nacional*** *, mais especificamente Dia de Tiradentes. Portanto, pode-se concluir que o primeiro dia útil foi dia 22 de abril de 2003"* (fl. 247, grifos no original).

A parte Recorrida ofertou contrarrazões às fls. 254/261, pugnando pelo desprovimento do recurso especial.

Submetido o recurso ao juízo de admissibilidade, o Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, considerando presentes os pressupostos necessários ao seu conhecimento, admitiu-o, submetendo-o às regras do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n.º 08/2008 desta Corte.

Nos termos da decisão de fls. 271/272, submeti o julgamento do recurso à Corte Especial, por se tratar de matéria processual cuja competência para apreciação está afeta a todas as Seções do Superior Tribunal de Justiça, determinando a suspensão dos recursos que tratassem sobre a mesma controvérsia, observadas as providências previstas no art. 2.º, *caput* e § 2.º, da Resolução n.º 08/STJ, e no art. 543-C, § 2.º, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 274/276, opinando pelo provimento do recurso especial, em parecer assim ementado:

> *"RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, ALÍNEA 'A' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO RESCISÓRIA.*
>
> *- O STJ decidiu ser possível a prorrogação do prazo decadencial da ação rescisória caso este caia em fins de semana e feriados.*
>
> *Parecer pelo provimento do recurso especial."*

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO *"A QUO"*. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O termo *"a quo"* para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. *"Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito"* (REsp 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992).

4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A controvérsia deduzida nos presentes autos cinge-se a saber se é possível prorrogar o prazo para ajuizamento de ação rescisória quando o termo final recair em dia não útil.

No caso, o acórdão rescindendo foi publicado em 19/03/2001, segunda-feira, e os autos foram retirados da Secretaria do Tribunal de origem pelo representante da Advocacia-Geral da União na mesma data (fl. 56). Considerada a contagem em dobro do prazo processual, o último dia para a interposição de recurso foi 18/04/2001, quarta-feira.

Tendo em vista que o art. 495 do Código de Processo Civil dispõe que *"O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos,* ***contados do trânsito em julgado da decisão****"*, cabe examinar, preliminarmente, a data do trânsito em julgado da decisão, a partir da qual se dá o termo inicial do prazo para a proposição da ação rescisória.

Essa análise se faz necessária, pois observa-se a existência de divergência acerca da definição do **termo inicial** do biênio decadencial (se do **dia do trânsito em julgado** ou do **dia seguinte ao trânsito em julgado**), que ocorre, principalmente, em razão da **imprecisão** ao se definir **o exato dia** do trânsito em julgado.

Com efeito, há julgados desta Corte nos quais se estabeleceu o termo *a quo* do prazo para ajuizamento da ação rescisória como o dia seguinte ao trânsito em julgado, por se entender que o trânsito teria ocorrido no último dia para interposição do recurso cabível. A propósito, confira-se trechos dos seguintes julgados:

Efetivamente, no caso examinado, é manifesta a configuração da decadência da pretensão rescisória, conforme consignado na decisão agravada (fls. 1.930/1.932):

> 'Entendo assistir razão à União quanto à intempestividade da presente ação rescisória.
>
> O prazo bienal previsto no artigo 495 do CPC para propositura da ação rescisória conta-se a partir do dia seguinte ao trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos, ou seja, quando não for cabível a interposição de qualquer recurso pelas partes litigantes. Escoado o prazo legal, impõe-se reconhecer o instituto da decadência, julgando-se extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.
>
> [...]
>
> Na hipótese em análise, a decisão que se postula rescindir foi publicada no Diário de Justiça da União em 23 de maio de 2005 (fl. 1491), transitando em julgado na data de 7 de junho de 2005, após escoar-se o prazo para interposição de recurso extraordinário, e a ação rescisória somente foi protocolada em 22.6.2007, (fl. 2) - fora, portanto, do biênio legal.
>
> Cumpre salientar que a certidão de trânsito em julgado de fl. 1492, emitida pela Coordenadora da Primeira Turma desta Corte, atesta tão somente a ocorrência do trânsito em julgado e não a data em que teria se consumado. Assim sendo, não tem o condão de postergar o prazo final para a propositura da ação rescisória.'" (AgRg na AR 3.792/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 04/09/2014, sem grifos no original.)

> "Ora, o direito subjetivo de ajuizar ação rescisória é atingido pela decadência após o decurso do prazo de dois anos, contado a partir do seguinte do trânsito em julgado do acórdão rescindendo.
>
> Na hipótese, o acórdão foi publicado aos 21 de agosto de 1995, tendo transitado em julgado, pelo transcurso do prazo para o oferecimento do recurso, aos 05 de setembro de 1995, transcorrendo, pois, o prazo da rescisória dia 06 de setembro de 1997, sábado.
>
> Daí porque, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil seguinte, dia 08 de setembro (segunda-feira) é de se reconhecer a caducidade da ação rescisória ajuizada dia 12 de setembro de 1997" (AR 675/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/1999, DJ 02/08/1999, sem grifos no original.)

São conhecidos, ainda, os precedentes desta Corte que, reiteradamente, propugnam que *"o* dies a quo *do direito de propor ação rescisória é o* dies ad quem *do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto, ainda que não tenha sido exercitado"* (REsp 12.550/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 04/11/1996). Todavia, *concessa venia*, não me parece ser essa a melhor exegese da Lei.

Atente-se para o fato de que a discussão não está em aceitar ou não que o trânsito em julgado se dê depois de exaurido o prazo para o último recurso em tese cabível, com o que todos concordam, mas em estabelecer, nesse caso, o dia preciso do trânsito em julgado.

Ora, a teor do disposto no § 3.º do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, *"Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso"*, bem assim no art. 467 do Código de Processo Civil: *"Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."*

Em uma linha: só há trânsito em julgado quando não mais couber recurso. Ou seja, há **trânsito em julgado no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível** contra a última decisão proferida na causa.

Diante da aparente incongruência é que, suponho, passou-se a adotar a saída possível para o impasse, qual seja, dizer que o termo inicial do prazo bienal é o "dia seguinte" ao do trânsito em julgado; quando, na realidade, o equívoco está justamente na indicação do dia do trânsito em julgado.

Entretanto, se corrigida essa imprecisão, o "remendo" mostra-se desnecessário, preservando a disposição expressa da lei, que, ao fixar o termo inicial do prazo decadencial, aponta simplesmente o trânsito em julgado, não o "dia seguinte".

A propósito, dispõe o art. 495 do Código de Processo Civil, *in verbis* : *"O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos,* ***contados do trânsito em julgado da decisão*** *."* E não do "dia seguinte" ao trânsito em julgado.

Assim, em que pese a existência de precedentes em sentido contrário (p. ex., EREsp 341.655/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJe 04/08/2008), o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória **coincide** com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Nesse sentido, confira-se precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. Decadência. Consumação. Contagem do prazo. Inclusão do dia do começo. Pronúncia, a despeito de tê-la afastado decisão de saneamento. Admissibilidade. Matéria de ordem pública. Cognição de ofício a qualquer tempo. Não ocorrência de preclusão *pro iudicato*. Processo extinto, com julgamento de mérito. Inteligência do art. 132, caput e § 3º, do CC, dos arts. 184 e 495 do CPC e do art. 1º da Lei federal nº 810/49. Precedentes. **O prazo decadencial para propositura de ação rescisória começa a correr da data do trânsito em julgado da sentença rescindenda, incluindo-se-lhe no cômputo o dia do começo** , e sua consumação deve ser pronunciada de ofício a qualquer tempo, ainda quando **a** tenha afastado, sem recurso, decisão anterior." (STF, AR 1412, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009, sem grifos no original.)
>
> "DECADÊNCIA - AÇÃO RESCISÓRIA - BIÊNIO - TERMO INICIAL. **O termo inicial de prazo de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do título rescindendo**. Recurso inadmissível não tem o efeito de empecer a preclusão - 'Comentários ao Código de Processo Civil', José Carlos Barbosa Moreira, volume 5, Editora Forense." (STF, AR 1472, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2007, DJe-157 DIVULG. 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007, sem grifos no original).
>
> "AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DE DECADÊNCIA (ART. 495 DO CPC). INOBSERVÂNCIA. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: ALEGAÇÃO DE QUE ESTARIA DEMONSTRADA EM CERTIDÃO EMITIDA POR FUNCIONÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO. INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial.
>
> 2. Inobservância, quando do ajuizamento da ação rescisória, do prazo bienal de decadência.

> 3. A certidão emitida por funcionário do Poder Judiciário informa apenas a ocorrência, e não a data exata, do trânsito em julgado.
>
> 4. Precedentes específicos das Colendas Primeira e Terceira Seções deste Superior Tribunal de Justiça.
>
> 5. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA EXTINTA EM RAZÃO DA DECADÊNCIA." (AR 4.374/MA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 05/06/2012.)

Logo, no caso, como o recurso poderia ter sido protocolizado até o último minuto do dia 18/04/2001, o trânsito em julgado se deu no dia seguinte, 19/04/2001, quinta-feira, como corretamente atestado na certidão de fl. 57, termo *a quo* para o ajuizamento da ação rescisória.

E a regra para contagem do prazo bienal é a estabelecida no art. 1.º da Lei n.º 810/49, qual seja, *"Considera-se ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte"*, fórmula que está em consonância com aquela estabelecida também no art. 132, § 2.º, do Novo Código Civil, de onde se lê: *"Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência"*.

Dessa forma, o termo final do biênio decadencial ocorreu em 19/04/2003. Não obstante, a ação rescisória somente foi ajuizada em 22/04/2003.

A Recorrente sustenta a tempestividade da ação rescisória, pois o dia 19/04/2003 recaiu em um sábado e na segunda-feira, dia 21/04/2003, não houve funcionamento do Tribunal, em razão do feriado de Tiradentes, de forma que o termo final para a protocolização da rescisória teria sido prorrogado para o dia 22/04/2003.

Assiste razão à Recorrente.

Consoante adverte amplo magistério doutrinário (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973", vol. V: arts. 476 a 565, 17.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218/220; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "Código de Processo Civil: Comentado Artigo por Artigo", 5.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 521; J. E. CARREIRA ALVIM, "Ação Rescisória Comentada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 200), trata-se de prazo decadencial, e, dessa forma, não estaria sujeito a suspensão ou interrupção.

Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, se o termo final do prazo para ajuizamento da ação rescisória recair em dia não útil, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente.

Nesse sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO INICIAL DO PRAZO DE DOIS ANOS. RECURSO CONSIDERADO INEXISTENTE. TRÂNSITO

EM JULGADO DA DECISÃO QUE APRECIOU O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO. SÚMULA 401/STJ. PRAZO DECADENCIAL. TÉRMINO EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. PRIMEIRO DIA ÚTIL SEGUINTE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (AgRg no REsp 1231666/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 24/04/2012).

"PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF, POR ANALOGIA. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TÉRMINO DO PRAZO EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO PARA O DIA ÚTIL SEGUINTE. PRECEDENTES DO STJ. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO.

1. Não se depreende do acórdão recorrido o necessário prequestionamento dos arts. 174 e 275 do CPC, tampouco da tese jurídica aventada nas razões recursais. Apesar disso, a parte também não logrou opor embargos declaratórios a fim de provocar a indispensável manifestação da Corte de origem, deixando de atender ao comando constitucional que exige a presença de causa decidida como requisito para a interposição do apelo nobre (art. 105, inc. III, da CF/88). Nestes casos, é de se aplicar o entendimento consolidado nas Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal (STF), por analogia.

2. A Corte Especial desta Corte Superior firmou entendimento segundo no sentido de que o prazo decadencial da ação rescisória, de natureza processual, se inicia no dia seguinte ao trânsito em julgado do acórdão rescindendo e, findando-se em feriado ou final de semana, é prorrogado para o dia útil subsequente.

3. Na hipótese em análise, a decisão que se postula rescindir transitou em julgado na data de 15 de agosto de 2007 e a ação rescisória foi protocolada em 17 de agosto de 2009 (segunda-feira) - primeiro dia útil após 15 de agosto de 2009, sábado (data que ocorreu o prazo final para ajuizamento) - dentro, portanto, do biênio legal.

4. Inocorrendo a decadência da ação rescisória, impõe-se o provimento do recurso e o retorno dos autos à origem para a continuidade do julgamento.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 1210186/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. VENCIMENTO EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO PARA O DIA ÚTIL SEGUINTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, não obstante o prazo para ajuizamento da ação rescisória seja decadencial, se o seu termo final ocorrer em dia não-útil, prorroga-se para o dia útil subsequente.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 966.017/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. BIÊNIO DE INGRESSO PARA AÇÃO RESCISÓRIA. TÉRMINO NO CURSO DE FÉRIAS FORENSES. PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA O 1º DIA ÚTIL. FUNCIONAMENTO REGULAR DO PROTOCOLO DO TRIBUNAL. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NOS ARTIGOS 174 E 275 DO CPC. PRECEDENTES. DIVERGÊNCIA RECONHECIDA NO SENTIDO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO DO PEDIDO PARA O FIM DE PRORROGAR O PRAZO DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA O PRIMEIRO DIA ÚTIL SEGUINTE. AUTOS ENVIADOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, PARA O REGULAR JULGAMENTO DO FEITO.

1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos com o propósito de ver acolhida a tese segundo a qual, recaindo o último dia do prazo bienal para o ajuizamento de ação rescisória durante férias forenses, prorroga-se, até o primeiro dia útil, esse lapso temporal. Como registrado nos autos, o acórdão embargado ratificou o julgado recorrido e negou provimento ao recurso especial sob o entendimento de que, estando o Tribunal em funcionamento regular, não havia motivo de direito para a pretendida prorrogação do prazo de ajuizamento da ação rescisória. O acórdão indicado como paradigma, por seu turno, assentou que, expirando-se o biênio de ingresso de ação rescisória durante as férias forenses, prorroga-se o prazo de ajuizamento para o primeiro dia útil seguinte ao daquele período.

2. Com razão a parte embargante. A ação rescisória não está contemplada, de forma expressa ou tácita, como sendo ação que tenha curso regular no período de férias forenses. Assim, não é possível se ampliar a regra processual que está configurada nos artigos 174 e 275 do CPC, que veda a suspensão/prorrogação dos prazos forenses nas hipóteses em que especifica.

3. Não é relevante para a situação o fato de se tratar, na espécie,

de férias forenses ou de recesso, uma vez que tanto em uma como em outra hipótese, os Tribunais mantêm em funcionamento regular os serviços de protocolo, o que se dá, inclusive, no âmbito desta Corte Superior. Também não repercute no desate do litígio a natureza prescricional ou decadencial conferida ao prazo.

4. Em verdade, ao se prorrogar o prazo para o primeiro dia útil, em razão de o lapso temporal se expirar no curso de férias forenses, está-se possibilitando à parte a opção de utilizar ou não esse favor legal. Contudo, não se mostra de direito o inverso, ou seja, retirar da parte o direito à prorrogação do prazo.

5. É nesse sentido, aliás, a jurisprudência reiterada desta Corte Superior, não havendo razão, ao menos no caso em exame, para se aplicar entendimento diverso, como demonstrado: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. TÉRMINO DO PRAZO EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. - Ainda que decadencial, o prazo para ajuizamento da ação rescisória prorroga-se para o primeiro dia útil. (AgRg no Resp 747.308/DF, DJ 19/03/2007, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

6. No mesmo sentido: Resp 167.413/SP, DJ 24/08/1998, Rel. Min. Garcia Vieira; Resp 84.217/MG, DJ 03/02/1997, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; Resp 51.968/SP, DJ 10/10/1994, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; Enunciado nº 100 do TST: - [...] IX - Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT. (ex-OJ nº 13 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00).

7. Embargos providos para o fim de que, reconhecida a divergência, seja empregada na hipótese em exame a solução adotada pelo acórdão embargado, prorrogando-se o prazo de ajuizamento da ação rescisória para o primeiro dia útil seguinte, porquanto a expiração do biênio autorizativo do pleito rescisório ocorreu no curso das férias forenses. Em decorrência, sejam os autos enviados ao juízo de primeiro grau, para o regular julgamento do feito." (EREsp 667.672/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJe 26/06/2008.)

Ressalte-se que não se está a afirmar que não se trata de prazo decadencial, pois esta é a natureza do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, como já acima afirmado. A solução apresentada pela jurisprudência desta Corte, que aplica ao prazo de ajuizamento da ação rescisória a regra geral do art. 184, § 1.º, do Código de

Processo Civil, visa a atender ao princípio da razoabilidade, evitando que se subtraia da parte a plenitude do prazo a ela legalmente concedido.

E, conforme já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, *"Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito"* (REsp. 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

Outrossim, a teor do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência e aos demais Ministros deste Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, em observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2009/0059035-4 **REsp 1.112.864 /MG**

Números Origem: 00086462920034010000 200001000635720 200301000111151 86462920034010000

PAUTA: 19/11/2014 - JULGADO: 19/11/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRIDO: MÁRCIA STAINO COSTA

ADVOGADO: MANOEL JOSÉ BRANDÃO TEIXEIRA JUNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO: MARIA DE LOURDES AGUIAR TEIXEIRA

ADVOGADO: LUÍS MARCELO CAPANEMA E OUTRO(S)

RECORRIDO: HÉLIO MINARDI - ESPÓLIO

RECORRIDO: OLEGÁRIA LEITE DA FONSECA E OUTRO

ADVOGADO: ANDRÉ LUIZ FARIA DE SOUZA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Servidor Público Civil - Sistema Remuneratório e Benefícios

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, pela recorrente, o Dr. Rodrigo Frantz Becker.

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 e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

• • •

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.347.303 - GO (2014/0104457-4)

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA
EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO: CELIO GONÇALVES RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADO: CAIRO EURÍPEDES DE RESENDE E OUTRO(S)
INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. INÍCIO DO PRAZO PARA O *PARQUET* RECORRER. INTIMAÇÃO PESSOAL REALIZADA EM CARTÓRIO.

1. O prazo recursal para o Ministério Público inicia-se na data da sua intimação pessoal, realizada em cartório e cientificada nos autos, e não no dia da remessa dos autos ao seu departamento administrativo.

2. Embargos de divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Jorge Mussi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 10 de dezembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os presentes embargos de divergência são interpostos pelo Ministério Público Federal em face de acórdão proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, (Sexta Turma), assim ementado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DE TRIBUNAL SUPERIOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL REALIZADA EM CARTÓRIO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL *A QUO* FORA DO PRAZO LEGAL DE 2 (DOIS) DIAS. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar provimento ao recurso especial quando a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência atual e dominante de Tribunal Superior.
>
> 2. A possibilidade de submissão da matéria ao Órgão Colegiado por meio da interposição de agravo regimental, preserva a obediência ao princípio da colegialidade.
>
> 3. A teor do que dispõe o § 2º do art. 800, c/c os arts. 798, § 5º e 370, § 4º, todos do CPP, uma vez havendo a intimação pessoal do Ministério Público, por mandado ou com vista pessoal em cartório, é indiferente o dia da remessa dos autos, porque o início da contagem do prazo, deve ser contada da realização daquela.
>
> 4. Não se aplicam ao caso as recomendações do art. 18 da Lei Complementar n.º 20/93 e do art. 41, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93, porque tais normas não se referem expressamente à contagem de prazo para ofertar recurso.
>
> 5. Interpostos os embargos de declaração fora do prazo legal de 2 (dois) dias, correto o entendimento do Tribunal *a quo* que lhe nega conhecimento.
>
> 6. Agravo regimental não conhecido (fl. 309).

As respectivas razões dizem que o acórdão embargado diverge do que foi decidido no EREsp nº 471.016/RS, (Terceira Seção), Relatora a Ministra Laurita Vaz, *in verbis* :

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. ENTREGA DOS AUTOS. ARTIGOS 18, INC. II, "H", DA LEI COMPLEMENTAR 75/93, E 41, INC. IV, DA LEI 8.625/93.
>
> 1. Consoante o disposto no art. 18, inc. II, alínea "h", da Lei Complementar n.º 75/93 e o art. 41, inc. IV, da Lei n.º 8.625/93, constitui prerrogativa do Ministério Público a intimação pessoal, por meio da entrega dos autos com vista no setor administrativo da Instituição. Precedentes do STF e do STJ.
>
> 2. Se, no ato de apresentação da certidão de publicação, não houver a inequívoca entrega dos autos ao órgão ministerial, nos termos das citadas leis, tem-se, por certo, a inexistência da intimação pessoal, e, sim, a repudiada intimação ficta. A intimação pessoal do *Parquet* necessita, por imposição legal, que se realize a entrega física dos autos para sua manifestação.
>
> 3. Na presente hipótese não se operou a intimação pessoal do Ministério Público Federal, pois, no ato de apresentação, pelo oficial de justiça, da certidão de publicação do acórdão não foi realizada a entrega dos autos, tanto é que o *Parquet* requereu, expressamente, naquela oportunidade, a remessa do processo em questão.
>
> 4. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para reconhecer a tempestividade do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, fazendo prevalecer a tese sustentada nos acórdãos paradigmas de que o termo inicial da contagem do prazo recursal do Ministério Público é a data da entrega física dos autos na instituição, operando-se, assim, nos exatos termos do art. 41, da Lei n.º 8.625/1993, a intimação pessoal do representante ministerial (fl. 341).

Admitidos os embargos (fls. 358/359), CÉLIO GONÇALVES RIBEIRO ofereceu impugnação ao fundamento de que:

> Conspícuos Ministro relator e demais pares, sustenta o Recorrente em suas razões que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás teria contrariado o artigo 18, 11, h, da LC 75/93 e o artigo 41, IV, da Lei 8.625/93, uma vez que a intempestividade dos embargos de declaração foi decretada tendo-se por termo inicial para início do prazo recursal a data da intimação pessoal do representante do *Parquet* e não a data de entrada dos autos no departamento administrativo do Ministério Público do Estado de Goiás.
>
> Ora, o recorrente quer fazer valer a tese de que o início do

> prazo recursal para o Ministério Público somente se inicia com a entrega dos autos com vista mediante entrada no competente departamento administrativo do órgão ministerial.
>
> Ocorre que tal entendimento só é válido nos casos em que a intimação do Ministério Público aconteça mediante tal ato, qual seja, a entrega dos autos com vista, sendo superada na hipótese de ter havido outro ato específico de intimação pessoal do representante do órgão ministerial, tal como aquela realizada mediante a coleta de assinatura individual.
>
> ...
>
> Neste caso, houve ato específico que consignou a intimação pessoal do representante do Ministério Público nos autos, de modo a ser inequívoca a ciência dada ao *Parquet* com as prerrogativas funcionais, que lhe são devidas.
>
> Portanto, não há qualquer contrariedade ou violação aos dispositivos legais arguidos pelo ora Recorrente, uma vez que foi devidamente obedecida a prerrogativa legal do membro do Ministério Público em ser intimado pessoalmente das decisões prolatadas nos autos, nos termos do artigo 18, II, h, da Lei Complementar 75/93 e do artigo 41, IV, da Lei 8.625/93.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

O cerne da questão tratada nos autos é saber se o prazo para interpor recurso pelo Ministério Público começa a fluir da data em que o *Parquet* é intimado pessoalmente, pelo escrivão, em cartório, ou da data em que os autos são remetidos à repartição administrativa a que pertence.

Os dispositivos legais que regem a matéria são os seguintes:

> O § 5º do art. 798 do CPP assim dispõe:
>
> "§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:
>
> a) da intimação;
>
> b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;
>
> c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

A aludida norma é objeto de remissão no § 2º do art. 800 do CPP, que determina: "Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição de recurso (art. 798, § 5º)."

Da leitura dos dispositivos legais que regem a matéria, depreende-se que os prazos para o Ministério Público recorrer iniciam-se na data da sua intimação pessoal e não na data da remessa dos autos ao seu departamento administrativo. E esse entendimento visa garantir a igualdade de condições entre as partes no processo penal.

Nesse sentido:

> PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TERMO INICIAL DO PRAZO RECURSAL. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO DOS JULGADOS SUPOSTAMENTE EM DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Rejeitam-se os embargos de divergência que deixam de colacionar trechos dos acórdãos que configuram o suposto dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente a transcrição de ementas. 2. No caso, limitou-se a parte embargante a transcrever ementas de acórdãos oriundos deste Tribunal. Não procedeu, entretanto, ao cotejo analítico, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. 3. Os prazos para o Ministério Público possuem como termo inicial a data da intimação pessoal da decisão prolatada, e não a data da remessa dos autos para a Procuradoria, haja ou não pedido de remessa, pois o recebimento dos autos em setor administrativo ou a aposição do "ciente" pelo órgão do *Parquet* somente implicariam intimação na falta de ato anterior devidamente certificado. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EREsp 310417/PB, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, DJe 27/03/2008).
>
> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRAZO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DATA DA INTIMAÇÃO PESSOAL. 1. Conforme a jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, o prazo recursal para o Ministério Público inicia-se da data de intimação pessoal da decisão prolatada e não da data de remessa dos autos à Procuradoria, tenha ou não havido pedido de vista dos autos pelo *Parquet*. Tal entendimento visa garantir o equilíbrio entre as partes e assim coibir eventual vantagem à acusação em detrimento da defesa técnica do acusado. 2. Recurso do qual não se conhece (REsp

> 258826/TO, Relator Ministro OG FERNANDES, T6 - SEXTA TURMA, DJe 07/12/2009).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO *PARQUET* REALIZADA ANTERIORMENTE À REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO MINISTERIAL. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL CONTADO DA PRIMEIRA INTIMAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. O representante do Ministério Público tem a prerrogativa da intimação pessoal, iniciando-se o prazo para a interposição de recurso a partir desta (LC 75/93, art. 18, II, h, e Lei 8.625/93, art. 41, IV). 2. No caso, a intimação pessoal do *Parquet* ocorreu antes do envio dos autos ao Ministério Público, sendo, portanto, indiferente para o início da contagem do prazo recursal a data em que foram remetidos os autos, posteriormente, para o órgão ministerial. 3. Agravo improvido (AgRg no REsp 1102059/MA, Relator Ministro JORGE MUSSI, T5 - QUINTA TURMA, DJe 13/10/2009).

Dessa forma, no caso concreto, há de ser mantido o entendimento do acórdão embargado, que se coaduna com a jurisprudência mais atualizada de ambas as Turmas que compõem esta Seção.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos de divergência.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2014/0104457-4

PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 1.347.303 /GO MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201192979974 201202081994 2979979020118090000 5132703

PAUTA: 10/12/2014

JULGADO: 10/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO: CELIO GONÇALVES RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADO: CAIRO EURÍPEDES DE RESENDE E OUTRO(S)
INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
CORRÉU: FABIO DA SILVA DE SOUZA
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória
Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos: Acesso e Procedimento Básico

Texto: Vanessa da Costa de Souza*
Orientação: Emerson Garcia**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos conta com dois órgãos para assegurar a efetividade de suas normas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Merece destaque a análise do procedimento a ser observado para a submissão de casos à Comissão e à Corte, tal qual enunciado nos arts. 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção.

A Comissão possui, como função primordial, a promoção da observância e da defesa dos direitos humanos. Tem natureza de órgão consultivo, além de participar, ativamente, desde a apreciação da denúncia até o acompanhamento do seu eventual processamento junto à Corte.

Compete à Comissão a missão de supervisionar o cumprimento da Convenção, bem como examinar as petições individuais e elaborar informes a respeito da situação dos direitos humanos nos diversos Estados Partes da Organização dos Estados Americanos, incumbindo-lhe, ainda, realizar observações *in loco*.

Quanto à legitimidade para provocar a Comissão, diversamente ao que ocorre no âmbito da Corte, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias de violação da Convenção por um Estado Parte.

A Comissão examina a admissibilidade da denúncia, segundo os critérios previstos na Convenção, entre os quais se destaca o prévio esgotamento dos recursos internos; a ausência de litispendência internacional; e a observância do prazo de seis meses entre a notificação do prejudicado sobre a decisão interna definitiva e a apresentação da denúncia perante a Comissão.

Vale referir que o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos não se aplica quando ausente, na legislação interna do respectivo Estado, o devido processo legal para a proteção dos direitos alegadamente violados, tampouco quando o presumido prejudicado tenha sido obstaculizado no exercício do direito

* Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
** Diretor da Revista.

de acesso aos recursos formalmente previstos na jurisdição interna. Da mesma maneira, inviável arguir o prévio esgotamento dos recursos internos na hipótese de demora injustificada na sua apreciação.

Nessa linha, a sistemática internacional de proteção revela-se adicional e subsidiária, só podendo ser invocada quando o Estado mostrar-se omisso ou falho na tarefa de proteção dos direitos fundamentais.

Na mesma toada, segundo a Convenção, será declarada inadmissível a petição manifestamente infundada ou quando evidente a sua total improcedência.

A Comissão, caso reconheça a admissibilidade da petição, solicitará informações ao Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela alegada violação. Em seguida, com o conhecimento das partes, examinará a temática exposta na petição, por meio de investigação que contará, quando necessário, com todas as facilidades a serem proporcionadas pelo respectivo Estado. A Comissão, ademais, pode receber exposições verbais e escritas de quaisquer interessados.

Merece relevo a possibilidade de solução amistosa da questão, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção. Caso seja exitosa a solução amigável, cumprirá à Comissão redigir relatório, a ser encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes.

Sob outra perspectiva, quando inviável a solução amistosa, um relatório expositivo dos fatos e conclusões será encaminhado aos Estados interessados, acompanhado das proposições e recomendações da Comissão.

Se, no prazo de três meses, a partir da remessa do relatório aos Estados interessados, a questão não houver sido solucionada ou submetida à apreciação da Corte (pela Comissão ou pelo Estado interessado), a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, sua opinião e respectivas conclusões.

A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará prazo para o Estado adotar as medidas aptas a remediar a situação examinada. Transcorrido o referido prazo, decidirá se o Estado adotou as medidas adequadas e se deve publicar, ou não, o seu relatório.

Por fim, cumpre destacar que, se o Estado envolvido houver aceitado a jurisdição da Corte e se a Comissão considerar que não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado, este órgão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.

A Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional americano, apresenta competência consultiva e contenciosa. A de natureza consultiva refere-se à interpretação das disposições da Convenção, bem como de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos. Já a competência contenciosa diz respeito à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.

No plano contencioso, cumpre destacar a ausência de direito de petição individual. Ou seja, somente os Estados Partes e a Comissão são legitimados a submeter um caso à apreciação da Corte. E para que a Corte possa conhecer qualquer caso, impõe-se o prévio esgotamento do processo perante a Comissão.

A competência da Corte limita-se aos Estados Partes da Convenção que tenham expressamente reconhecido a sua jurisdição.

Pode o Estado Parte, quando do depósito do instrumento de ratificação da Convenção ou em momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

Quando decidir que houve violação a um direito ou liberdade protegida pela Convenção, a Corte determinará seja assegurado ao prejudicado o gozo do respectivo direito ou liberdade. Definirá, ainda, quando cabível, a reparação das consequências da situação ensejadora da violação, sem prejuízo da indenização a ser paga à parte lesada.

Em casos de extrema gravidade e urgência, com o fito de evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos casos submetidos à sua jurisdição, poderá adotar medidas provisórias. Poderá atuar cautelarmente, a pedido da Comissão, inclusive nas questões ainda não sujeitas à sua apreciação.

A sentença da Corte apresenta natureza definitiva e inapelável, tendo força jurídica vinculante e obrigatória. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte pode interpretá-la, a pedido de qualquer das partes, observado o prazo de 90 dias, a contar da data da notificação da decisão.

Por fim, a Corte procederá à supervisão do cumprimento da sentença, valendo-se dos relatórios apresentados pelos Estados e pelas vítimas, bem como das observações aos relatórios, subscritas pelas vítimas ou por seus representantes. A Comissão, por seu turno, apresenta considerações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes.

A Corte pode solicitar, a fontes outras, dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento do que fora determinado. Para os mesmos efeitos pode, ainda, encomendar perícias e relatórios. Ademais, quando considere pertinente, faculta-se à Corte convocar o Estado e os representantes das vítimas para uma audiência a fim de supervisionar o cumprimento de suas decisões e, em seu bojo, analisar o parecer da Comissão.

Em arremate, serão expedidas resoluções com o objetivo de informar o estado do cumprimento das decisões exaradas pela Corte.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL
SENTENÇA DE 6 DE JULHO DE 2009
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)
(excertos)

No caso *Escher e outros,*

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:

Presidenta: Cecilia Medina Quiroga
Vice-presidente: Diego García-Sayán
Juiz: Sergio García Ramírez
Juiz: Manuel E. Ventura Robles
Juiz: Leonardo A. Franco
Juíza: Margarette May Macaulay
Juíza: Rhadys Abreu Blondet
Juiz *ad hoc*: Roberto de Figueiredo Caldas

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante "a Convenção Americana" ou "a Convenção") e com os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte[1] (doravante "o Regulamento"), decreta a presente Sentença.

N. do E. – A presente sentença sofreu redução textual. As notas de rodapé originais de nºs 2 a 66 não constam nesta reprodução, correspondendo a nota 2 desta obra à nota 67 do original, seguindo a numeração sem alterações. A sentença original encontra-se em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf

[1] Conforme disposto no artigo 72.2 do Regulamento da Corte Interamericana que entrou em vigor no dia 24 de março de 2009, "[o]s casos em curso continuarão tramitando conforme este regulamento, com exceção de aqueles casos em que se tenha convocado a audiência no momento da entrada em vigor do presente Regulamento, os quais seguirão tramitando conforme as disposições do Regulamento anterior". Desse modo, o Regulamento da Corte mencionado na presente Sentença corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado entre 16 e 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado entre 20 de novembro e 4 de dezembro de 2003.

I
INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 20 de dezembro de 2007, em conformidade com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão") submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante "o Estado" ou "o Brasil"), a qual se originou da petição apresentada em 26 de dezembro de 2000, pelas organizações Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global em nome dos membros das organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (doravante "COANA") e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (doravante "ADECON"). Em 2 de março de 2006, a Comissão declarou admissível o caso mediante o Relatório n° 18/06 e, em 8 de março de 2007, conforme os termos do artigo 50 da Convenção, aprovou o Relatório de Mérito n° 14/07, o qual continha determinadas recomendações para o Estado. Esse relatório foi notificado ao Brasil em 10 de abril de 2007, sendo-lhe concedido um prazo de dois meses para comunicar as ações empreendidas com o propósito de implementar as recomendações da Comissão. Depois de três prorrogações concedidas ao Estado, "após considerar as informações prestadas pelas partes com relação à implementação das recomendações constantes do relatório de mérito, e […] a falta de progresso substantivo no que diz respeito ao [...] efetivo cumprimento [das mesmas]", a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte. Considerou que o presente caso representa uma oportunidade valiosa para o aperfeiçoamento da jurisprudência interamericana sobre a tutela do direito à privacidade e do direito à liberdade de associação, assim como os limites do exercício do poder público. A Comissão designou como delegados os senhores Clare K. Roberts, Comissionado, e Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessores legais a senhora Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e os advogados Juan Pablo Albán e Andrea Repetto.

2. Segundo a Comissão indicou, a demanda se refere "à [alegada] interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, [...] membros das organizações [ADECON] e [COANA], realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná; [a divulgação das conversas telefônicas], bem como [a] denegação de justiça e [da] reparação adequada".

3. Na demanda, a Comissão solicitou à Corte declarar que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e ao dever de adotar medidas de direito interno, previstos, respectivamente, nos artículos 1.1 e 2 do referido tratado, também em consideração às diretrizes emergentes da cláusula federal contida no artigo 28 do mesmo instrumento. A Comissão requereu à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

4. Em 7 de abril de 2008, as organizações Justiça Global, Rede Nacional de Advogados Populares, Terra de Direitos, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) (doravante "os representantes") apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante "escrito de petições e argumentos"), nos termos do artigo 23 do Regulamento. No referido escrito, solicitaram à Corte que, com base nos fatos relatados pela Comissão em sua demanda, declare a violação dos direitos às garantias judiciais, à vida privada, à liberdade de associação e à proteção judicial previstos nos artigos 8, 11, 16 e 25 da Convenção Americana, todos estes em relação com os artigos 1.1, 2 e 28 do referido tratado, em prejuízo de Arlei José Escher e Dalton Luciano de Vargas, e de outros trinta e dois membros da COANA e da ADECON que não foram mencionados como supostas vítimas na demanda. Em consequência, requereram ao Tribunal que ordene medidas reparatórias. Finalmente, essas duas organizações, mediante procuração outorgada em 16 de abril de 2007, designaram como suas representantes legais as advogadas da Justiça Global, senhoras Andressa Caldas, Luciana Silva Garcia, Renata Verônica Cortes de Lira e Tâmara Melo.

5. Em 7 de julho de 2008, o Estado apresentou um escrito no qual interpôs três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de petições e argumentos (doravante "contestação da demanda"). O Estado solicitou que a Corte considere fundamentadas as exceções preliminares e, em consequência: i) não admita o escrito de petições e argumentos e seus anexos; ii) exclua da análise do mérito o suposto descumprimento do artigo 28 da Convenção; e iii) declare-se incompetente em razão da falta de esgotamento dos recursos internos. Ademais, afirmou que os tribunais internos examinaram as condutas dos policiais militares que pediram a interceptação telefônica, da juíza que a autorizou e do então Secretário de Segurança Pública, que teria divulgado partes das gravações; concluindo que não existiram condutas juridicamente reprováveis. Requereu que a Corte "reconheça que o Estado brasileiro envidou todos os esforços – administrativos e judiciais – que lhe foram possíveis, a medida que instado a agir, no sentido de apurar os fatos denunciados e que as supostas vítimas tinham à sua disposição recursos adequados e efetivos para questionar os atos estatais"; e que o Tribunal declare que não houve violação dos artigos 1.1, 2, 8, 11, 16, 25 e 28 da Convenção Americana. O Estado designou o senhor Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares como agente e as senhoras Márcia Maria Adorno Cavalcanti Ramos, Camila Serrano Giunchetti, Bartira Meira Ramos Nagado e Cristina Timponi Cambiaghi, como agentes assistentes.

6. Conforme o artigo 37.4 do Regulamento, nos dias 24 e 27 de agosto de 2008 a Comissão e os representantes, respectivamente, apresentaram suas alegações sobre as exceções preliminares opostas pelo Estado.

(...)

VII

ARTIGO 11 (PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE)[2] EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS)[3] DA CONVENÇÃO AMERICANA

85. A Comissão alegou a violação do direito à vida privada, à honra e à reputação das supostas vítimas ao atribuir ao Estado a responsabilidade pela interceptação e gravação das conversas telefônicas, pela divulgação de seu conteúdo e pela negativa do Poder Judiciário de destruir o material gravado. Os representantes concordaram substancialmente com as alegações da Comissão. De outra feita, o Estado contestou que não havia configurado a violação alegada, haja vista não existirem vícios no processo que estabeleceu as interceptações telefônicas; que a eventual falha no referido procedimento não teria como consequência o prejuízo à honra ou à dignidade das pessoas, e que a conduta dos agentes envolvidos nesses eventos foi devidamente examinada na jurisdição interna, motivo pelo qual não é admissível a revisão desses procedimentos na instância internacional.

86. Com o objetivo de analisar as alegadas violações ao artigo 11 da Convenção Americana, a Corte: 1) estabelecerá os fatos do presente caso; e 2) realizará considerações sobre o direito à vida privada, à honra e à reputação, e examinará os argumentos das partes sobre: i) a interceptação e gravação das conversas telefônicas privadas e ii) a divulgação do conteúdo do material gravado.

1) Fatos do Presente Caso

87. Os fatos do presente caso produzem-se em um contexto de conflito social relacionado com a reforma agrária em vários estados do Brasil, entre eles o Paraná[4], o que motivou o Estado a implementar uma série de medidas e políticas públicas para fazer-lhe frente[5].

---

[2] O artigo 11 da Convenção dispõe que:
1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

[3] O artigo 1.1 da Convenção estabelece que:
Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[4] Cf. Relatório intitulado "Conflitos de Terra por Estado Federado – Brasil – 1999", da Comissão Pastoral da Terra (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 1, folhas 995 a 997); declaração prestada por Marli Brambilla Kappaum perante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008 (Expediente de mérito, Tomo III, folhas 981 e 982); declaração prestada por Teresa Cofré ante o Ministério Público em 6 de novembro de 2008 (Expediente de mérito, Tomo III, folhas 975 e 976) e na audiência pública celebrada em 3 de dezembro de 2008 ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; perícia apresentada por Sérgio Sauer perante notário público em 7 de novembro de 2001 (Expediente de mérito, Tomo III, folhas 985 a 992); reportagem intitulada "PM tem tática especial de ação para desocupar áreas invadidas" do jornal Folha do Paraná, edição de 23 de junho de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 10, folhas 2016 e 2017); reportagem intitulada "Terror no Paraná" da revista Caros Amigos, edição n° 27, de junho de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 10, folhas 2030 a 2039), entre outras.

[5] Entre as medidas adotadas pelo Estado encontram-se: i) a implementação de um Plano Nacional de Combate à Violência no Campo (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 11,

88. Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, na época dos fatos, eram membros das organizações sociais ADECON e COANA[6]. A primeira tinha como objetivo o desenvolvimento comunitário e a integração de seus membros através de atividades culturais, desportivas e econômicas, ao passo que a segunda buscava integrar os agricultores na promoção das atividades econômicas comuns e na venda de produtos. As duas organizações mantinham alguma relação de fato com o MST, com o qual compartilhavam o objetivo comum de promover a reforma agrária[7].

1.I) Interceptação e Divulgação das Conversas Telefônicas

89. Em um escrito datado de 28 de abril de 1999, o Subcomandante e

folhas 2228 a 2245); ii) a elaboração de um Manual de Diretrizes Nacionais para a Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração da Posse Coletiva (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 11, folhas 2246 a 2254); e iii) a aprovação do Decreto n° 6.044 de 12 de fevereiro de 2007, que estabelece a Política Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexos 12, folhas 2256 a 2259).

[6] Cf. Ata da terceira Assembleia Geral Ordinária da COANA de 13 de março de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 2, folha 1023); Ata n° 24 da Assembleia Extraordinária da ADECON de 7 de março de 1998 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2207); e Estatuto da COANA assinado em 5 de dezembro de 1999 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 1068).

[7] Em suas declarações, Arlei José Escher, Delfino José Becker e Pedro Alves Cabral afirmaram que "não têm conhecimento de ligação específica da [COANA] ou da ADECON com o Movimento Sem Terra". Entretanto, os dois últimos afirmaram, respectivamente, que "as duas [organizações] são apoiadoras da reforma agrária" e que "são integradas pelos assentados, os quais vieram do MST". Ademais, Celso Aghinoni afirmou que COANA e ADECON são compostas por ex-trabalhadores sem terra que foram assentados e tiveram suas propriedades rurais regularizadas, e que as organizações colocam à disposição do MST sua estrutura física, como escritório, telefone e veículo, pois também apoiam a reforma agrária. Cf. Declaração prestada por Arlei José Escher ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008 (Expediente de mérito, Tomo III, folha 966); declaração prestada por Delfino José Becker ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008 (Expediente de mérito, Tomo III, folha 968); declaração prestada por Pedro Alves Cabral ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008 (Expediente de mérito, Tomo III, folha 970); e declaração prestada por Celso Aghinoni na audiência pública, *supra* nota 66. Somado a isso, a Corte nota que outros elementos demonstram uma relação entre COANA, ADECON e o MST: a) Marli Brambilla Kappaum declarou que "a cooperativa não é desligada do [MST], mas atua a partir do momento em que […] é criado o Assentamento, [organizando a produção dos assentados]"; b) o Estado afirmou na audiência pública do presente caso que "no Paraná oitenta por cento das famílias assentadas têm vínculos com o MST"; c) a solicitação de interceptação telefônica do dia 3 de maio de 1999 afirma que os dirigentes de COANA são líderes do MST; d) este foi co-peticionário da representação criminal apresentada ante o Ministério Público pela interceptação telefônica e a divulgação das fitas; e) a sentença que absolveu o então Secretário de Segurança Pública mencionou que COANA e ADECON eram entidades ligadas ao MST; e f) o coronel Valdemar Kretschmer, a juíza Elisabeth Khater e a promotora Nayani Kelly Garcia declararam no mesmo sentido. Cf. respectivamente, declaração prestada por Marli Brambilla Kappaum ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008, *supra* nota 69, folha 981; alegações orais do Estado na audiência pública celebrada em 3 de dezembro de 2008 ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; pedido de interceptação telefônica de 3 de maio de 1999, *supra* nota 66, folhas 2131 e 2132; representação criminal apresentada ante o Ministério Público em 19 de agosto de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folhas 1212 a 1227); Acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 14 de outubro de 2004, *supra* nota 27, folha 112; declaração do coronel Kretschmer de 4 de outubro de 1999, no marco da Investigação Criminal n° 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1315); Ofício n° 74/99-g.j. de 18 de novembro de 1999 subscrito pela juíza Elisabeth Khater, no marco da Investigação Criminal n° 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1518); e depoimento da promotora Nayani Kelly Garcia de 13 de maio de 2000, no marco da Investigação Criminal n° 82.561-5 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1560).

Chefe do Estado Maior da Polícia Militar, coronel Valdemar Kretschmer (doravante o "coronel Kretschmer"), solicitou ao então Secretário de Segurança Pública do Estado do Paraná, Cândido Martins (doravante também o "ex-secretário de segurança" ou "o ex-secretário"), que procedesse aos trâmites necessários ante o Juízo de Direito da Comarca de Loanda (doravante também "Vara de Loanda") para "realiza[r] a interceptação e monitoramento de comunicações telefônicas [das linhas] da COANA, n° (044) 462-14[XX] e (044) 462-13[XX]". Nesse escrito, consta uma autorização datada desse mesmo dia do ex-secretário de segurança para o coronel Kretschmer apresentar o requerimento perante o juízo competente[8] (*infra* par. 99).

90. No dia 5 de maio de 1999, o major Waldir Copetti Neves, Chefe do Grupo Águia da Polícia Militar do Paraná (doravante "major Neves"), apresentou à Vara Única de Loanda um pedido de interceptação e monitoramento da linha telefônica (044) 462-14XX, instalada na sede da COANA, "em virtude das fortes evidências de estar sendo utilizada pela liderança do MST para práticas delituosas". A solicitação mencionava supostos indícios de desvios por parte da diretoria da COANA de recursos financeiros concedidos através do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) e do Programa de Crédito Especial para a Reforma Agrária (PROCERA), aos trabalhadores do Assentamento Pontal do Tigre, no município de Querência do Norte. Ademais, referia-se ao assassinato de Eduardo Aghinoni, "cuja autoria [...] esta[va] sendo investigada e [suspeitava-se que] entre os motivos de tal crime [estava o] 'desvio' dos recursos já especificados"[9]. A Vara de Loanda recebeu essa solicitação, iniciando o procedimento de Pedido de Censura de Terminal Telefônico n° 41/99 (doravante "Pedido de Censura").

91. No dia 5 de maio de 1999, a juíza Elisabeth Khater (doravante "a juíza Khater"), titular da Vara de Loanda, autorizou o pedido de interceptação telefônica através de uma simples anotação na margem da petição, na qual escreveu *"R[ecebido] e A[nalisado]. Defiro. Oficie-se. Em 05.05.99"*. A juíza não notificou o Ministério Público da decisão adotada[10].

92. Em 12 de maio de 1999, o Terceiro Sargento da Polícia Militar, Valdecir Pereira da Silva (doravante o "sargento Silva") apresentou à juíza Khater, no marco do Pedido de Censura, um segundo requerimento de interceptação telefônica, reiterando o pedido de intervenção na linha (044) 462-14XX e incluindo também a linha telefônica (044) 462-13XX, instalada na sede da ADECON [11]. Esse segundo

[8] Cf. Pedido de interceptação telefônica de 28 de abril de 1999 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 10, folhas 2161 e 2162).
[9] Cf. Pedido de interceptação telefônica de 3 de maio de 1999, *supra* nota 67, folhas 2131 e 2132.
[10] Cf. Pedido de interceptação telefônica de 3 de maio de 1999, *supra* nota 67, folha 2130.
[11] No pedido de intervenção telefônica de 28 de abril de 1999, o coronel Kretschmer afirmou que ambas as linhas telefônicas pertenciam à COANA (*supra* par. 89). Posteriormente, o sargento Silva solicitou a interceptação de tais linhas, mas afirmou que uma delas pertencia à ADECON. Cf. Pedido de interceptação telefônica de 28 de abril de 1999, *supra* nota 73, folha 2162; pedido de interceptação telefônica de 12 de maio de 1999 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2135), e fatura da conta telefônica da linha (44) 462-13XX de propriedade da ADECON (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2171).

requerimento não continha motivação ou fundamento algum que o justificasse. Não obstante, o pedido foi novamente concedido pela juíza Khater através de uma anotação similar à anterior, realizada na margem do requerimento policial [12]. Tampouco se notificou o Ministério Público da segunda autorização.

93. Em 25 de maio de 1999, o major Neves solicitou à Vara de Loanda "o cancelamento da interceptação e monitoramento do terminal telefônico constante no [Pedido de Censura] n.º 041/99 em virtude do monitoramento realizado até [aquela] data já ter surtido o efeito desejado"[13]. No mesmo dia, sua solicitação foi atendida pela juíza Khater e enviou-se um ofício ao diretor da companhia telefônica Telecomunicações do Paraná S/A (doravante "TELEPAR"), reproduzindo o pedido de cancelamento da interceptação das linhas da COANA e da ADECON[14].

94. Em 7 de junho de 1999, à noite, fragmentos dos diálogos gravados foram reproduzidos no Jornal Nacional, um dos telejornais de alcance nacional de maior audiência no país[15]. Inobstante, o conteúdo das conversas divulgadas por esse meio não foi determinado nos autos. Tampouco foram fornecidos elementos para estabelecer o conteúdo do material entregue à Rede Globo de Televisão do qual foram extraídos os trechos divulgados no noticiário.

95. Em 8 de junho de 1999, à tarde, o ex-secretário de segurança realizou uma coletiva de imprensa com jornalistas de diversos meios, na qual comentou a atuação da polícia nos operativos de desocupações realizados nos acampamentos do MST; ofereceu explicações sobre as interceptações telefônicas; e expôs sua opinião sobre as conversas divulgadas e as providências que a Secretaria de Segurança adotaria a respeito. Na coletiva de imprensa, foi reproduzido o áudio de algumas conversas interceptadas e, por meio da assessoria de imprensa da Secretaria de Segurança, entregou-se aos jornalistas presentes um material com trechos transcritos dos diálogos interceptados dos membros da COANA e da ADECON[16].

---

[12] A autorização da juíza Khater é datada de 11 de maio de 1999 e diz "R.e A. Defiro. Oficie-se". Cf. Pedido de interceptação telefônica de 12 de maio de 1999, *supra* nota 76, folha 2135.

[13] Cf. Pedido de término da interceptação telefônica de 25 de maio de 1999 no marco do Pedido de Censura nº 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2138).

[14] Cf. Ofício nº 478/99 de 25 de maio de 1999, emitido pela Vara de Loanda ao diretor da TELEPAR (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2140).

[15] Cf. Declaração do jornalista Evandro César Fadel no marco da Investigação Criminal nº 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1438); declaração da jornalista Fabiana Prohmann no marco da Investigação Criminal nº 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1482); matérias do jornal O Estado do Paraná intituladas "Grampo revela ameaça de sem-terra à juíza", de 8 de junho de 1999, e "Baggio: Sabíamos do grampo e fizemos sátira", de 9 de junho de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 10, folhas 2009 e 2011, respectivamente).

[16] Cf. Declaração do jornalista Evandro César Fadel no marco da Investigação Criminal nº 82.561-5, *supra* nota 80, folhas 1438 e 1439; documento com a transcrição de quatro diálogos de membros da COANA e da ADECON juntado pelo jornalista Evandro César Fadel à Investigação Criminal n.º 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folhas 1441 e 1442); declaração da jornalista Luciana Pombo no marco da Investigação Criminal n.º 82.561-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folha 1443); declaração da jornalista Fabiana Prohmann no marco da Investigação Criminal nº 82.561-5, *supra* nota 80, folha 1482, e vídeos de duas reportagens exibidas em telejornais nacionais em 8 e 9 de junho de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições

96. Na mesma data e nos dias seguintes, fragmentos das gravações foram novamente divulgados pela imprensa televisiva e escrita. Algumas reportagens anunciavam que os trabalhadores sem terra planejavam determinados crimes, e que o ex-secretário de segurança havia tornado público novos trechos das fitas durante a coletiva de imprensa[17].

97. Em 1° de julho de 1999, o major Neves enviou um ofício à juíza Khater, entregando-lhe as 123 fitas com conversas telefônicas gravadas durante a interceptação de ambas as linhas telefônicas, no qual foram realizadas certas acusações contra o MST[18]. De acordo com o documento, a primeira etapa das gravações ocorreu entre os dias 14 e 26 de maio de 1999. A segunda etapa, para a qual não consta nos autos pedido nem autorização, ocorreu entre os dias 9 e 23 de junho de 1999. Não foram apresentadas as transcrições integrais do material obtido através das interceptações telefônicas[19], mas apenas resumos dos trechos considerados relevantes para a polícia[20]. Nestes, foram mencionadas algumas conversas de Celso Aghinoni – também identificado como "gringo" [21] –, Arlei José Escher e Dalton Luciano de Vargas. Todavia, o conteúdo e os interlocutores de muitas conversas não foram identificados no relatório, sendo aludido somente que se tratava de "assuntos diversos", que não havia "descrição na planilha" ou, de maneira geral, que as chamadas originavam-se ou dirigiam-se à COANA [22]. O documento também demonstra que o monitoramento das ligações telefônicas foi executado até o dia 30 de junho de 1999, mas que por problemas com o aparato técnico somente foi possível gravar as conversas efetuadas até 23 de junho de 1999[23].

98. O relatório do major Neves também citou que o policial militar A.C.C.M. "repassou criminosamente […] material de prova, à imprensa e/ou a outras pessoas, sendo que esse policial era um agente infiltrado clandestinamente na Corporação, recebendo favores e/ou propinas para repassar ao 'MST' informações

e argumentos, Anexo 10, folha 2040).

[17] Cf. Vídeos de duas reportagens exibidas em telejornais nacionais nos dias 8 e 9 de junho de 1999, *supra* nota 81; matéria intitulada "Candinho revela as fitas" do jornal O Estado do Paraná, edição de 9 de junho de 1999; matéria intitulada "Governo divulga diálogos gravados em escuta" do jornal Folha do Paraná, edição de 9 de junho de 1999, e matéria intitulada "Fitas entregues à polícia" do jornal Tribuna do Paraná (Expediente de anexos à demanda, Tomo I, Anexo 5, folhas 74 a 76, respectivamente); matérias do jornal Folha do Paraná de 20 de junho de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 10, folhas 2012 e 2013).

[18] Cf. Relatório de entrega das 123 fitas magnetofônicas no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folhas 2142 a 2146).

[19] Cf. Escrito do Ministério Público de 8 de setembro de 2000 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2220).

[20] Cf. Tabelas de controle das fitas gravadas no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folhas 2147 a 2160), e escrito do Ministério Público de 8 de setembro de 2000, *supra* nota 84, folha 2220.

[21] Cf. Declaração prestada por Celso Aghinoni na audiência pública, *supra* nota 66.

[22] Cf. Tabelas de controle das fitas gravadas, *supra* nota 85, folhas 2147 a 2160.

[23] No documento consta que "a partir de [23 de junho de 1999] até o dia 30 de junho de 1999 [existiram] problemas com o aparelho gravador, não sendo possível gravar as fitas". Cf. Tabelas de controle das fitas gravadas, *supra* nota 85, folha 2160.

importantes, no tocante à preparação e à ação da Polícia"[24]. Segundo o relatório, a Polícia Militar estaria realizando as diligências necessárias a fim de investigar e sancionar a mencionada pessoa pela divulgação do material gravado[25]. O Estado não apresentou informação nem provas referentes a essa investigação.

99. De acordo com os autos do Pedido de Censura, o requerimento de interceptação de 28 de abril de 1999, formulado pelo coronel Kretschmer e aprovado pelo ex-secretário de segurança (*supra* par. 89), apenas foi anexado em 1° de julho de 1999, junto com o relatório do major Neves[26].

100. Em 2 de julho de 1999, o aparato técnico de monitoramento das linhas telefônicas da COANA e da ADECON foi desativado pela TELEPAR[27].

101. Em 30 de maio de 2000, ou seja, mais de um ano depois das ordens de interceptação, a juíza Khater enviou pela primeira vez os autos do Pedido de Censura para análise do Ministério Público[28].

102. Em sua manifestação de 8 de setembro de 2000, a promotora de justiça Nayani Kelly Garcia (doravante "a promotora"), entre outras considerações, observou que: i) um policial militar, sem vínculos com a Comarca de Loanda e que não presidia nenhuma investigação criminal nessa área, não tinha legitimidade para solicitar a interceptação telefônica; ii) o pedido foi elaborado de modo isolado, sem fundamento em uma ação penal, investigação policial ou ação civil; iii) a interceptação da linha telefônica da ADECON foi requerida pelo sargento Silva sem nenhuma explicação; iv) o Pedido de Censura não foi anexado a um processo penal ou investigação policial; v) as decisões que autorizaram os pedidos não foram fundamentadas; e vi) o Ministério Público não foi notificado acerca do procedimento. Ademais, a promotora manifestou que tais "fatos evidenciam que a diligência não possuía o objetivo de investigar e elucidar a prática de crimes mas sim monitorar os atos do MST, ou seja, possuía cunho estritamente político, em total desrespeito ao direito constitucional à intimidade, à vida privada e à livre associação". Consequentemente, o Ministério Público requereu à Vara de Loanda que declarasse a nulidade das interceptações realizadas e a inutilização das fitas gravadas[29].

103. Em 18 de abril de 2002, a juíza Khater "rejeitou '*in totum*' o parecer [do Ministério Público], posto que não resultou provada a ilegalidade das interceptações telefônicas [...]. Entretanto, para evitar mais celeumas e procrastinações", determinou a incineração das fitas, o que ocorreu no dia 23 de abril de 2002[30].

---

[24] Cf. Relatório de entrega das 123 fitas magnetofônicas, *supra* nota 83, folha 2143.
[25] Cf. Relatório de entrega das 123 fitas magnetofônicas, *supra* nota 83, folha 2144.
[26] Cf. Relatório de entrega das 123 fitas magnetofônicas, *supra* nota 83, folha 2146.
[27] Cf. Ofício da TELEPAR de 1° de dezembro de 1999 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 2, folha 1150).
[28] Cf. Decisão da juíza Khater de 30 de maio de 2000 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2215).
[29] Cf. Escrito do Ministério Público de 8 de setembro de 2000, *supra* nota 84, folhas 2216 a 2220.
[30] Cf. Decisão da juíza Khater de 18 de abril de 2002 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2221), e auto de incineração das fitas gravadas de 23 de abril de 2002 no marco do Pedido de Censura n° 41/99 (Expediente de anexos à

104. Após a destruição das fitas, o advogado da COANA e da ADECON solicitou e lhe foi concedido, em três ocasiões distintas, a autorização para obter cópia integral dos autos do Pedido de Censura [31].

1.ii) Ações Legais e Marco Normativo

a) Investigação e Ação Penal

105. Em 19 de agosto de 1999, o MST e a CPT apresentaram ao Ministério Público uma representação criminal contra o ex-secretário de segurança, a juíza Khater, o coronel Kretschmer, o major Neves e o sargento Silva, solicitando a investigação de suas condutas pelo possível cometimento dos crimes de usurpação da função pública, interceptação telefônica ilegal, divulgação de segredo de justiça e abuso de autoridade[32]. O Ministério Público enviou a *notitia criminis* ao Tribunal de Justiça e instaurou-se a Investigação Criminal n° 82.516-5, conforme pleiteado na representação criminal[33]. Em 6 de outubro de 2000, o Tribunal de Justiça emitiu o acórdão n° 4745 do Órgão Especial, ordenando o arquivamento da investigação contra os funcionários públicos mencionados no que tange à interceptação telefônica, e o envio dos autos ao juízo de primeira instância para análise da conduta do ex-secretário de segurança, em relação à divulgação dos diálogos interceptados. Na referida decisão, o Tribunal de Justiça considerou que os equívocos que a juíza Khater cometeu configuravam, em uma primeira análise, faltas funcionais[34] (*infra* par. 201).

106. Concluída a investigação, em 11 de abril de 2001, o Ministério Público apresentou uma denúncia contra o ex-secretário de segurança[35], quem, mediante decisão da Segunda Vara Criminal da Comarca de Curitiba de 23 de dezembro de 2003, foi condenado em primeira instância às penas de multa e de reclusão de dois anos e quatro meses, sendo essa última substituída pela prestação de serviços comunitários[36]. Em 19 de janeiro de 2004, o ex-secretário de segurança interpôs um recurso de apelação contra o referido acórdão perante o Tribunal de Justiça. Em 14 de outubro de 2004, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, sob o argumento de que "o apelante não quebrou o sigilo dos dados obtidos pela interceptação telefônica, uma vez que não se pode quebrar [...] o sigilo de dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão", decidiu reverter a condenação e absolveu o ex-secretário de segurança[37].

---

contestação da demanda, Tomo I, Anexo 10, folha 2222).

[31] Cf. Pedidos de cópias integrais do expediente do Pedido de Censura de 6 de dezembro de 2002, e de 2 e 5 de abril de 2004 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 10, folhas 2223 a 2225).

[32] Cf. Representação criminal apresentada ante o Ministério Público em 19 de agosto de 1999, *supra* nota 72, folhas 1212 a 1227.

[33] Cf. Investigação Criminal n° 82.516-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folhas 1303 e 1304).

[34] Cf. Acórdão n° 4745 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 6 de outubro de 2000, *supra* nota 27, folhas 98 a 107.

[35] Cf. Denúncia do Ministério Público de 11 de abril de 2001 contra o ex-secretário de segurança (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 3, folhas 1208 e 1209).

[36] Cf. Sentença da Segunda Vara Criminal da Comarca de Curitiba de 23 de dezembro de 2003, no marco da Ação Penal n° 2001.2125-5 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 4, folha 1741).

[37] Cf. Acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 14 de outubro

b) Mandado de Segurança

107. Em 5 de outubro de 1999, as organizações COANA e ADECON, e os senhores Arlei José Escher, Celso Aghinoni e Avanilson Alves Araújo, interpuseram perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná um mandado de segurança contra a juíza Khater, solicitando a suspensão das interceptações telefônicas e a destruição das fitas gravadas[38].

108. Em 5 de abril de 2000, o Tribunal de Justiça, considerando que as interceptações já haviam cessado e que, portanto, a ação havia perdido seu objeto, ordenou a extinção do mandado de segurança sem julgamento do mérito[39]. Em consequência, os impetrantes interpuseram embargos de declaração, com o objetivo de esclarecer as omissões da decisão, em particular, a falta de pronunciamento do Tribunal de Justiça sobre o pedido de destruição das fitas[40].

109. Em 7 de junho de 2000, o recurso foi rejeitado sob o argumento de que seu pedido somente poderia ser analisado se o mérito do mandado de segurança tivesse sido examinado e que, considerando que este foi extinto sem a análise do mérito, não existiam pontos omissos na sentença[41]. As supostas vítimas não interpuseram outros recursos e a decisão do Tribunal de Justiça transitou em julgado no dia 28 de agosto de 2000[42].

c) Procedimento Administrativo

110. Em 17 de novembro de 1999, foi interposta uma denúncia administrativa contra a juíza Khater, que tramitou sob os autos n° 1999.118105, nos quais se tratava, entre outros assuntos, a conduta da magistrada no marco do Pedido de Censura[43]. Em 28 de setembro de 2001, a Corregedoria-Geral da Justiça[44] resolveu várias denúncias administrativas interpostas contra a juíza Khater, entre elas a relativa ao presente caso[45]. O órgão corregedor observou que essa "questão foi apreciada por ocasião do julgamento da Investigação Criminal n.° 85516-2, cuja decisão [...] entendeu pela não configuração dos crimes de usurpação da função pública, abuso de autoridade e crime de responsabilidade imputados à [juíza Khater] e outros" e

de 2004, *supra* nota 27, folha 114.
[38] Cf. Ata de registro e autuação do Mandado de Segurança n° 83.486-6, *supra* nota 23, folhas 1007 a 1018.
[39] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 5 de abril de 2000, no marco do Mandado de Segurança n° 83.486-6 (Expediente de anexos à demanda, Tomo I, Anexo 7, folhas 93 e 94).
[40] Cf. Escrito de interposição de Embargos de Declaração de 26 de abril de 2000 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 2, folhas 1181 a 1183).
[41] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 7 de junho de 2000, no marco dos Embargos de Declaração n° 83.486-6/01 (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 2, folhas 1192 a 1199).
[42] Cf. Certidão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 28 de agosto de 2000 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 7, folha 2123).
[43] Cf. Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de 28 de setembro de 2001 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo V, Anexo 21, folha 3195).
[44] Cf. Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de 28 de setembro de 2001, *supra* nota 108, folhas 3194 e 3198.
[45] Cf. Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de 28 de setembro de 2001, *supra* nota 108, folha 3198.

ordenou seu arquivo [46]. Posteriormente, atendendo à recomendação do Relatório de Mérito n° 14/07 aprovado pela Comissão Interamericana, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República enviou o caso para a revisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[47], o qual recusou tal pedido por entender que "a ação penal abordou a matéria [...] sem deixar qualquer resíduo para a atuação [do órgão corregedor em sede] administrativa, fica[ndo] evidente a ausência do interesse procedimental"[48].

d) Ações Civis

111. Nos dias 4 de maio de 2004 e 15 de maio de 2007, os senhores Arlei José Escher e Dalton Luciano de Vargas, respectivamente, promoveram ações civis de reparação de danos morais contra o Estado do Paraná. Ainda não existe sentença definitiva nos referidos processos. No entanto, a ação civil proposta por Dalton Luciano de Vargas foi julgada improcedente em primeira instância em 9 de agosto de 2007. O senhor Vargas interpôs um recurso de apelação contra essa decisão[49].

e) Marco Normativo

112. No momento dos fatos do presente caso, a Constituição brasileira estabelecia a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assim como do sigilo das comunicações telefônicas[50]. Ademais, estava vigente a Lei n° 9.296/96, a qual "regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5° da Constituição Federal", determinando as hipóteses e os requisitos que devem ser observados em um procedimento de interceptação telefônica com o propósito de investigação criminal ou instrução penal.

2) O Direito à Vida Privada, à Honra e à Reputação.

113. O artigo 11 da Convenção proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida

[46] *Cf.* Decisão da Corregedoria-Geral de Justiça de 28 de setembro de 2001, *supra* nota 108, folha 3195.
[47] O Conselho Nacional de Justiça é o órgão constitucional que tem competência para supervisionar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário e o devido cumprimento de seus deveres por parte dos juízes. Escrito de alegações finais do Estado (Expediente de mérito, Tomo IV, folha 1802).
[48] Parecer do Conselho Nacional de Justiça de 30 de maio de 2008 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo VIII, Anexo 25, folha 3694).
[49] *Cf.* Trâmite processual referente à ação civil de reparação de danos proposta por Arlei José Escher (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 9, folha 2127); trâmite processual referente à ação civil de reparação de danos proposta por Dalton Luciano de Vargas (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo I, Anexo 8, folha 2125); sentença da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba de 9 de agosto de 2007, no marco da ação civil proposta por Dalton Luciano de Vargas (Expediente de anexos à demanda, Tomo II, Apêndice 3, folha 382).
[50] Constituição da República Federativa do Brasil (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo VIII, Anexo 35, folhas 3995 e 4039):
Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […]
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; […]
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

privada de suas famílias, seus domicílios e suas correspondências. Nesse sentido, a Corte sustentou que "o âmbito da privacidade caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública"[51].

114. Como esta Corte expressou anteriormente, ainda que as conversações telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito de proteção da vida privada[52]. O artigo 11 protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos privados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional que desenvolva[53]. Desse modo, o artigo 11 aplica-se às conversas telefônicas independentemente do conteúdo destas, inclusive, pode compreender tanto as operações técnicas dirigidas a registrar esse conteúdo, mediante sua gravação e escuta, como qualquer outro elemento do processo comunicativo, como, por exemplo, o destino das chamadas que saem ou a origem daquelas que ingressam; a identidade dos interlocutores; a frequência, hora e duração das chamadas; ou aspectos que podem ser constatados sem necessidade de registrar o conteúdo da chamada através da gravação das conversas. Finalmente, a proteção à vida privada se concretiza com o direito a que sujeitos distintos dos interlocutores não conheçam ilicitamente o conteúdo das conversas telefônicas ou de outros aspectos, como os já elencados, próprios do processo de comunicação.

115. A fluidez informativa que existe atualmente coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente. Esse progresso, especialmente quando se trata de interceptações e gravações telefônicas, não significa que as pessoas devam estar em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado ou aos particulares. Portanto, o Estado deve assumir um compromisso com o fim de adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada.

116. Inobstante, conforme se depreende do artigo 11.2 da Convenção, o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados quando as ingerências não forem abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e ser necessárias em uma sociedade democrática[54].

117. Por último, o artigo 11 da Convenção reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra; proíbe qualquer ataque ilegal contra a honra e

[51] Cf. Caso dos Massacres de Ituango, *supra* nota 48, par. 194; Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 165, par. 95; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par.55.
[52] Cf. Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 55.
[53] No mesmo sentido: ECHR. *Case of Halford v. the United Kingdom*, judgement of 27 May 1997, Reports 1997-III, pars. 44 e 45.
[54] Cf. Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 56.

reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais ataques. Em termos gerais, o direito à honra se relaciona com a autoestima e valia própria, enquanto a reputação se refere à opinião que outros têm de uma pessoa[55].

2.I) Vida Privada, Interceptação e Gravação das Conversas Telefônicas

118. A Comissão alegou que a legislação que faculta a interceptação e o monitoramento das comunicações telefônicas ou de outro tipo, ainda que formulada com a intenção de combater o crime, pode converter-se em um instrumento de espionagem e perseguição por sua irregular interpretação e aplicação. Desse modo, ante o risco intrínseco de abuso de qualquer sistema de monitoramento, referida medida deve-se basear em uma legislação particularmente precisa, com regras claras e detalhadas. A Convenção Americana protege a confidencialidade e a inviolabilidade das comunicações frente a qualquer ingerência arbitrária ou abusiva por parte do Estado ou de particulares, razão pela qual tanto a vigilância como a intervenção, a gravação e a divulgação dessas comunicações ficam proibidas, salvo nos casos previstos em lei e que se adequem aos propósitos e objetivos da Convenção Americana.

119. Adicionalmente, a Comissão arguiu em sua demanda que a autorização para a interceptação e o monitoramento foi solicitada unicamente para a linha telefônica (044) 462-14XX, pertencente à COANA, não havendo, portanto, autorização para interceptar a linha telefônica (044) 462-13XX da ADECON, em violação ao artigo 10 da Lei n° 9.296/96[56]. O pedido de interceptação e monitoramento telefônico foi apresentado por um policial militar, o qual, de acordo com o artigo 144 da Constituição, carecia de competência para formulá-lo. À luz desse dispositivo, como os crimes atribuídos aos diretores da COANA tinham natureza comum, sua investigação recaía exclusivamente sobre a Polícia Civil. Desse modo, apenas um agente dessa corporação poderia solicitar a um juízo competente a intervenção de uma linha telefônica, por disposição do artículo 3° da Lei n° 9.296/96. Além disso, a Comissão observou que: i) as supostas vítimas não estavam submetidas a uma investigação criminal; ii) a interceptação das linhas telefônicas durou 49 dias e o Estado não juntou provas tendentes a demonstrar que, concluído o período inicial de 15 dias, se outorgaram ampliações; iii) a decisão que autorizou a interceptação "não foi devidamente fundamentada, não indicou a forma em que devia ter realizado a diligência, nem o prazo pelo qual devia ela se estender"; e iv) o Ministério Público não foi notificado de sua emissão, tudo isso em oposição aos artigos 5° e 6° da Lei n° 9.296/96. Por conseguinte, a Comissão concluiu que o pedido de intervenção telefônica, a decisão que o autorizou e sua implementação "foram ilegais, ilegítimos e nulos".

120. Finalmente, a Comissão observou que "a negativa do Poder Judiciário de destruir as 123 fitas magnetofônicas obtidas mediante o monitoramento dos

[55] Cf. Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 57.
[56] Na audiência pública, a Comissão afirmou que houve autorização judicial para a interceptação da linha da ADECON, mas que foi posterior ao início do monitoramento.

números telefônicos [da COANA e da ADECON] violou o direito à intimidade de seus proprietários, Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral [e] Celso Aghinoni".

121. Os representantes concordaram com as alegações da Comissão no que diz respeito às violações à Constituição Federal e à Lei n° 9.296/96. Aduziram que, nos casos em que existam indícios concretos de infrações penais que devam ser investigadas, os artigos 11 e 32 da Convenção preveem que o Estado deve ponderar entre a privacidade do indivíduo e o bem comum. Manifestaram que a juíza Khater concedeu os dois pedidos de interceptação telefônica sem fundamentar sua decisão, e não respeitou os dois requisitos básicos para a concessão da medida: i) probabilidade de autoria e participação em uma infração penal ou de existência de uma infração penal e ii) a indispensabilidade da prova para a instrução penal. Ademais, os agentes da Polícia Militar não tinham competência para formular tal requerimento e o Ministério Público não foi notificado da diligência. Agregaram que as supostas vítimas somente tiveram acesso a uma parte da transcrição das fitas gravadas. Igualmente, expressaram que se o objetivo das interceptações era verificar indícios de desvios de recursos públicos e o homicídio de Eduardo Aghinoni, houve uma total desvirtuação do objetivo pretendido. Conforme os resumos das conversas gravadas, os policiais militares destacaram no texto os fragmentos que se referiam às estratégias dos trabalhadores sem terra para enfrentar as perseguições contra eles perpetradas pelo Poder Judiciário e pela Polícia Militar.

122. O Estado alegou que a vida privada está protegida constitucionalmente no artigo 5°, inciso X, da Constituição Federal. Porém, esse direito não é absoluto e admite restrições diante da necessidade de proteger outras garantias, consoante previsto no artigo 30 da Convenção e no artigo 5°, inciso XII, da Constituição. Por esse motivo, a Lei n° 9.296/96 regula essa restrição no que concerne às comunicações telefônicas.

123. Para o Estado, o Pedido de Censura não apresentou vícios que pudessem resultar em uma violação de direitos humanos. Afirmou que o primeiro requerimento de interceptação telefônica, a respeito da linha da COANA, foi formulado pelo major Neves no dia 3 de maio de 1999 e autorizado pela juíza Khater no dia 5 de maio do mesmo ano. O segundo pedido de interceptação, também autorizado judicialmente, foi apresentado pelo sargento Silva no dia 12 de maio de 1999 e concernia a ambas as linhas telefônicas, da COANA e da ADECON. O requerimento de interceptação foi devidamente fundamentado e referiu-se à necessidade de investigar práticas delitivas, tratando-se, dessa forma, de um conflito entre dois valores fundamentais. Diante dessa situação, "em que a lei possibilita que se decida pela restrição ao direito à privacidade, em prol de bem jurídico de maior valor", a juíza Khater resolveu conceder o pedido de interceptação. Esse procedimento foi iniciado em 14 de maio de 1999 e, portanto, "a primeira autorização judicial [de 5 de maio de 1999] não chegou sequer a surtir efeito, pois foi absorvida pela segunda autorização, concedida no pedido feito pelo [sargento Silva]". Essa primeira fase de

interceptações se estendeu até 26 de maio de 1999, e a segunda fase ocorreu entre 9 e 23 de junho do mesmo ano, respeitando-se assim o prazo de 15 dias previsto na Lei n° 9.296/96, renovável por igual período. O major Neves não atuou com dolo ou má-fé ao solicitar a interceptação, uma vez que foi incluído no seu requerimento a transcrição de uma referência doutrinária, que se referia à ampla competência da Polícia Militar - o que pôde induzir a juíza Khater a erro. Além disso, comunicou-se oficialmente ao então secretário de segurança o propósito investigativo do pedido. Igualmente, a Lei n° 9.296/96 permite ao juiz ordenar as interceptações telefônicas de ofício, o que supriria eventuais falhas em relação à suposta incompetência das autoridades que as solicitaram. Quanto à participação do Ministério Público no Pedido de Censura, o Estado alegou que o artigo 6° da mencionada lei não exige que esse órgão seja notificado antes de que se conceda a interceptação, mas sim no momento de colocar em prática essa medida. Adicionalmente, manifestou que uma eventual falha no Pedido de Censura teria como consequência a nulidade das provas produzidas por esse meio, na hipótese de que fossem incluídas em algum processo criminal, e não o prejuízo à honra ou à dignidade das pessoas. O Estado agregou que "as supostas vítimas […] não foram afetadas pela prova ilicitamente produzida", haja vista que as fitas gravadas não foram utilizadas como prova em uma ação penal contra elas, sendo incineradas de ofício em 23 de abril de 2002.

124. Da mesma maneira, o Estado alegou que não houve inércia na investigação dos fatos relacionados com a interceptação telefônica e que a conduta dos envolvidos nesses episódios foi examinada nas esferas penal, administrativa e civil. No que correspondia à sua iniciativa, o Estado realizou todas as medidas pertinentes, pelo que tramitou a ação penal de modo regular e analisou, inclusive por meio de um processo administrativo, a conduta da juíza Khater. Outrossim, observou que a inércia das supostas vítimas em não utilizar todos os recursos adequados, em particular no referente às ações cíveis de indenização e ao mandado de segurança, não pode gerar a responsabilidade internacional do Estado. Por fim, expressou que as referidas pessoas foram ouvidas e receberam resposta a todas as suas reclamações, por isso não se pode afirmar que houve violação do artigo 11 em virtude da suposta omissão do Poder Judiciário em examinar e resolver a questão.

125. As linhas telefônicas das organizações COANA e ADECON foram interceptadas durante os períodos de 14 a 26 de maio de 1999 e de 9 a 30 de junho de 1999. Do acervo probatório do presente caso, percebe-se claramente que as conversas telefônicas das supostas vítimas Celso Aghinoni, Arlei José Escher e Dalton Luciano de Vargas foram interceptadas e gravadas por agentes do Estado (*supra* par. 97).

126. As outras supostas vítimas, os senhores Delfino José Becker e Pedro Alves Cabral, não foram mencionadas nos resumos dos trechos gravados e apresentados pelo major Neves à Vara de Loanda.

127. O Tribunal estabeleceu que é legítimo o uso da prova circunstancial, os indícios e as presunções para fundamentar uma sentença, "desde que se possa

inferir conclusões consistentes sobre os fatos"[57]. Nesse sentido, a Corte tem afirmado que corresponde à parte demandante, em princípio, o ônus da prova dos fatos em que se funda sua alegação; inobstante, tem destacado que diferentemente do direito penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode se basear na impossibilidade do demandante de juntar provas, quando é o Estado que tem o controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro do seu território[58].

128. A Corte não conta com provas que demonstrem o conteúdo e os interlocutores da totalidade das chamadas telefônicas interceptadas, haja vista que as transcrições do material gravado não foram anexadas aos autos do Pedido de Censura, pese as disposições do artigo 6° da Lei n° 9.296/96, nem ao expediente do presente caso. Diante disso, o Tribunal considera razoável outorgar valor probatório aos indícios que surgem do expediente. Tendo em conta, portanto, a duração do monitoramento telefônico e o papel desempenhado nas organizações por Delfino José Becker e Pedro Alves Cabral, os quais na época dos fatos eram membro da COANA e presidente da ADECON[59], respectivamente, existe uma alta probabilidade de que suas comunicações tenham sido interceptadas. Desse modo, ainda que não se possa demonstrar com inteira certeza e em forma direta a interceptação, a Corte conclui que também houve interferência na vida privada de Delfino José Becker e Pedro Alves Cabral.

129. Como as conversas telefônicas das supostas vítimas eram de caráter privado e tais pessoas não consentiram seu conhecimento por terceiros, sua interceptação por parte de agentes do Estado causou uma ingerência em suas vidas privadas. Portanto, a Corte deve examinar se tal ingerência resulta arbitrária ou abusiva nos termos do artigo 11.2 da Convenção ou se é compatível com o referido tratado. Conforme já se afirmou (*supra* par. 116), para que esteja conforme com a Convenção Americana uma ingerência deve cumprir com os seguintes requisitos: a) estar prevista em lei, b) perseguir um fim legítimo e c) ser idônea, necessária e proporcional. Em consequência, a falta de algum desses requisitos implica que a ingerência seja contrária à Convenção.

a) Legalidade da Ingerência

130. O primeiro passo para avaliar se a afetação de um direito na Convenção Americana é permitida por tal tratado consiste em examinar se a medida questionada cumpre com o requisito de legalidade. Isso significa que as condições e circunstâncias gerais conforme as quais se autoriza uma restrição ao exercício de

[57] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 130; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 112; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 95.
[58] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 135; Caso Ríos e outros, *supra* nota 18, par. 98; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 95.
[59] Cf. Ata da terceira Assembleia Geral da COANA de 13 de março de 1999, supra nota 71, folhas 1021, 1039 e 1068, e Declaração prestada por Delfino José Becker ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008, *supra* nota 72, folha 968.

um determinado direito humano devem estar claramente estabelecidas em lei[60]. A norma que estabelece a restrição deve ser uma lei em sentido formal e material[61].

131. Quanto à interceptação telefônica, considerando que pode representar uma séria interferência na vida privada, tal medida deve estar fundamentada em lei, que deve ser precisa e indicar regras claras e detalhadas sobre a matéria[62], tais como as circunstâncias nas quais essa medida pode ser adotada; as pessoas autorizadas a solicitá-la, ordená-la e executá-la; o procedimento a seguir, entre outros elementos.

132. A Constituição brasileira prevê em seu artigo 5º, inciso XII, que o sigilo das comunicações telefônicas é inviolável, exceto nas hipóteses e na forma previstas em lei para fins de investigação criminal ou de instrução em uma ação penal. O dispositivo constitucional encontra-se regulamentado na legislação ordinária por meio da Lei nº 9.296/96. Esta prevê que a interceptação telefônica poderá ser solicitada pela autoridade policial na investigação criminal ou pelo Ministério Público na investigação criminal ou na instrução penal. Ademais, o juiz poderá autorizar a medida de ofício. Em qualquer das situações anteriores, deve-se demonstrar indícios razoáveis de autoria e participação na infração penal da pessoa sujeita à medida, e que a prova não pode ser obtida por outros meios. O procedimento de interceptação está sob controle judicial. O juiz que a autorize deve fundamentar devidamente sua resolução; assinalar a forma e prazo máximo da diligência, que é de 15 dias, podendo ser prorrogado por igual período, desde que se determine que esse meio de prova é indispensável; e comunicar a ordem ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua execução. Esses elementos permitem à Corte estimar que, em geral, essa lei resulta conforme a Convenção. Portanto, a Corte passará a analisar se o procedimento de interceptação telefônica objeto do presente caso se sujeitou a essa norma e cumpriu assim o requisito de legalidade.

Propósito da Solicitação de Interceptação Telefônica e Trâmite dos Autos – Artigos 1º e 8º da Lei nº 9.296/96[63]

133. De acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica deve ter o propósito de investigar criminalmente ou de instruir um processo penal. No presente caso, apesar de indicar a necessidade de investigar supostas práticas

[60] O artigo 30 da Convenção Americana estabelece:
As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.
[61] Cf. A Expressão "Leis" no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC -6/86 de 9 de maio de 1986. Série A nº 6, pars. 27 e 32, e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 77.
[62] Cf. ECHR. Case of Kruslin v. France, judgment of 24 April 1990, Série A, nº 176-A, par. 33, e Case of Huvig v. France, judgment of 24 April 1990, Série A nº 176-B, par. 32.
[63] Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996 (Expediente de anexos à demanda, Tomo I, folhas 54 e 55).
Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. [...]
Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

delitivas, quais sejam, o homicídio de Eduardo Aghinoni e o desvio de recursos públicos, a solicitação do major Neves não foi apresentada no marco de um procedimento investigativo que tivesse por objeto a verificação dos fatos. O pedido de interceptação sequer mencionou os autos da investigação do homicídio que se encontrava a cargo da polícia civil de Querência do Norte, cujo delegado de polícia não teria sido notificado a respeito[64]. Outrossim, tampouco consta que na época dos fatos existisse uma investigação pelo suposto desvio de recursos públicos por parte dos dirigentes da COANA e da ADECON. Quanto ao pedido do sargento Silva, este não apontou o propósito das interceptações pretendidas nem sua vinculação com uma investigação ou processo penal. Desse modo, em detrimento do artigo 8° da Lei n° 9.296/96, o Pedido de Censura foi uma diligência isolada e não tramitou em autos anexos a um procedimento de investigação ou processo criminal iniciados anteriormente. Portanto, ambas as solicitações descumpriram com o disposto nos artigos supracitados.

Motivos que Fundamentam a Solicitação de Interceptação Telefônica - Artigos 2° e 4° da Lei n° 9.296/96[65]

134. Os pedidos de interceptação, bem como as decisões que os concederam, não expuseram quais eram os indícios razoáveis de autoria ou de participação dos membros da COANA e da ADECON nas infrações penais supostamente investigadas; os meios que seriam empregados para realizar a interceptação solicitada; nem, de forma clara, os fatos objeto da investigação. Tampouco demonstraram que o meio empregado era o único viável para obter tal prova. Em consequência, não foram observados os artigos 2° e 4° da Lei n° 9.296/96.

Autoridades Competentes para Requerer a Interceptação Telefônica - Artigo 3° da Lei n° 9.296/96[66]

---

[64] De acordo com a promotora Nayani Kelly Garcia, o delegado de polícia civil das cidades de Loanda e Querência do Norte não sabia da realização de tal medida. Ademais, afirmou que "a investigação da morte de Eduardo [Aghinoni] estava sendo acompanhada [por dita funcionária] e nesta investigação não constava a interceptação telefônica", e que havia recebido "um ofício da Polícia Civil em que esta afirmava que não teve participação na [diligência]". Escrito do Ministério Público de 8 de setembro de 2000, *supra* nota 84, folha 2218, e Depoimento da promotora Nayani Kelly Garcia no marco da Investigação Criminal n° 82.561-5, *supra* nota 72, folha 1560.

[65] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 54.

Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; [...]

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. [...]

Art. 4° O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. [...]

[66] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 54.

Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

135. Quanto às pessoas competentes para solicitar a interceptação telefônica, o artigo 3° da Lei n° 9.296/96 estabelece que a autoridade policial poderá fazê-lo no marco da investigação criminal. A esse respeito, a perita Maria Thereza Rocha de Assis Moura assinalou que quando a Lei n° 9.296/96 entrou em vigor havia "uma divergência sobre a que polícia caberia, eventualmente, fazer esse pedido, [e] se a palavra autoridade policial significa[va] apenas a polícia civil ou também a polícia militar". Contudo, a perita afirmou que "[tomando-se] em conta a existência de uma investigação em curso, facilmente [se poderá] saber a quem caberá esse pedido. Se essa investigação estiver a cargo da polícia civil, normalmente a autoridade policial é o delegado de polícia [ou] o Secretário da Segurança Pública"[67]. Por sua vez, o perito Luiz Flávio Gomes expressou que "essa autoridade policial pode ser militar, na hipótese de investigação militar"[68].

136. Nesse sentido, a Corte ressalta que, à luz do artigo 144 da Constituição[69], a investigação dos fatos delitivos indicados no pedido de interceptação, por sua natureza comum, competia exclusivamente à polícia civil. Portanto, as únicas autoridades policiais legitimadas para solicitar a interceptação das linhas telefônicas da COANA e da ADECON eram o delegado de polícia a cargo da investigação ou o secretário de segurança, em substituição ao primeiro. No presente caso, apesar de o ex-secretário Cândido Martins ter avalizado o pedido formulado pelo coronel Kretschmer, este e sua autorização foram juntados aos autos do Pedido de Censura depois que a medida havia sido concluída, anexados ao relatório policial de entrega das fitas gravadas. Dessa maneira, a Vara de Loanda não se manifestou sobre o mesmo. Ao contrário, a juíza Khater emitiu suas autorizações com base nos pedidos apresentados pelo major Neves e pelo sargento Silva, ambos policiais militares, em cujo texto escreveu a simples anotação de que havia apreciado tais pedidos e os concedia (*supra* pars. 91 e 92).

137. Além disso, apesar de a interceptação telefônica poder ser determinada de ofício pela magistrada, suas decisões expressam que, ao ordená-la, a juíza atuou autorizando as solicitações dos policiais militares, e não por iniciativa própria. Ante o exposto, não se observou o artigo 3° da Lei n° 9.296/96.

Fundamentação da Ordem de Interceptação Telefônica e Prazo Máximo da Diligência - Artigo 5° da Lei n° 9.296/96[70]

138. O artigo 5° da Lei n° 9.296/96 prevê que a decisão que autoriza a

[67] Cf. Perícia apresentada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura na audiência pública, *supra* nota 22.
[68] Cf. Perícia apresentada por Luiz Flávio Gomes (Expediente de mérito, Tomo IV, folha 1077).
[69] Constituição da República Federativa do Brasil, *supra* nota 115, folha 4039.
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: [...]
§ 4° - 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.
§ 5° - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; [...]
[70] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 55.
Art. 5° A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

interceptação telefônica será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência.

139. Em ocasiões anteriores, ao analisar as garantias judiciais, o Tribunal ressaltou que as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar direitos humanos, devem estar devidamente motivadas e fundamentadas, caso contrário, seriam decisões arbitrárias[71]. As decisões devem expor, através de uma argumentação racional, os motivos nos quais se fundamentam, considerando as alegações e o acervo probatório aportado aos autos. O dever de motivar não exige uma resposta detalhada a cada argumento constante nas petições, podendo variar de acordo com a natureza de cada decisão. Cabe analisar em cada caso se essa garantia foi observada[72]. Nos procedimentos cuja natureza jurídica exija que a decisão seja emitida sem a oitiva da outra parte, a motivação e a fundamentação devem demonstrar que foram ponderados todos os requisitos legais e demais elementos que justifiquem a concessão ou a negativa da medida. Desse modo, o livre convencimento do juiz deve ser exercido respeitando-se as garantias adequadas e efetivas contra possíveis ilegalidades e arbitrariedades no procedimento em questão.

140. Em detrimento do anterior, a juíza Khater autorizou as interceptações telefônicas com uma mera anotação de que havia recebido e visto os pedidos e os concedia, "R. e A. Defiro. Oficie-se". A magistrada não expôs em sua decisão a análise dos requisitos legais nem os elementos que a motivaram a conceder a medida, nem a forma e o prazo em que se realizaria a diligência, a qual implicaria a restrição de um direito fundamental das supostas vítimas em descumprimento ao artigo 5° da Lei n° 9.296/96.

141. Quanto à duração das medidas autorizadas, a Corte constata que as interceptações iniciaram a partir da segunda ordem judicial, a qual atendia o pedido de interceptação telefônica apresentada pelo sargento Silva em 12 de maio de 1999. Essa última ampliava o objeto do pedido de interceptação datado de 3 de maio de 1999, solicitando que se incluísse na diligência também a linha telefônica da ADECON (*supra* pars. 90 a 92). Desse modo, conforme explicado pelo próprio Estado, "a primeira autorização judicial [de 5 de maio de 1999], não chegou sequer a surtir efeito, pois foi absorvida pela segunda autorização, concedida no pedido feito pelo [sargento Silva]". Ante isso, a primeira fase das interceptações, concernentes às duas linhas telefônicas, se desenvolveu durante treze dias, entre 14 e 26 de maio de 1999, baseada na segunda autorização judicial já mencionada. A seguinte etapa de interceptações se deu por um período de vinte e dois dias, entre 9 e 30 de junho de 1999 (*supra* par. 97), em contrariedade ao artigo 5° da Lei n° 9.296/96,

[71] Cf. Caso Yatama, *supra* nota 61, par. 152; Caso Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo"). Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008, Série C n° 182, par. 78; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 153.
[72] Cf. Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo"), *supra* nota 136, par. 90; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 153.

o qual determina que a medida não poderá exceder ao prazo de 15 dias, podendo ser renovado por igual período de tempo, quando se comprove que a prova é indispensável. Nesse contexto, a Corte ressalta que não consta no procedimento do Pedido de Censura requerimento nem autorização para prorrogar as interceptações telefônicas. Ao contrário, em 25 de maio de 1999, o major Neves requereu à Vara de Loanda o término das interceptações, o que foi autorizado pela juíza Khater na mesma data. Em consequência, o segundo período de interceptação foi executado sem a autorização do juiz competente, violando o artigo 1° da Lei n° 9.296/96. Mais ainda, essa prática poderia ser considerada delitiva à luz do artigo 10 de tal lei, o qual dispõe que "constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas […] sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei"[73].

Notificação do Ministério Público e Transcrição das Fitas - Artigo 6° da Lei n° 9.296/96[74]

142. O artigo 6° da Lei n° 9.296/96 estabelece que, depois da concessão do pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação e comunicará a ordem da medida ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização. O Tribunal observa que, a despeito do anterior, as ordens de interceptação não foram notificadas ao Ministério Público, que só recebeu os autos do Pedido de Censura em 30 de maio de 2000, ou seja, mais de um ano depois que as ordens haviam sido emitidas e onze meses depois que as interceptações telefônicas haviam cessado.

143. Adicionalmente, o artigo 6° , parágrafo 1° , da Lei ora analisada determina que se a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada sua transcrição. Conforme anteriormente exposto, as transcrições do material gravado não foram aportadas aos autos do Pedido de Censura (*supra* par. 97). Dessa feita, no presente caso não se observou o estabelecido no artigo 6° da Lei n° 9.296/96.

Destruição das Fitas Gravadas - Artigo 9° da Lei n° 9.296/96[75]

144. Conforme estabelecido no artigo 9° da Lei n° 9.296/96, a gravação que

[73] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 55.
Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.
[74] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 55.
Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.
§ 1° No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.
§ 2° Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.
§ 3° Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8°, ciente o Ministério Público.
[75] Lei n° 9.296 de 24 de julho de 1996, *supra* nota 128, folha 55.
Art. 9°. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

não interesse como prova no inquérito ou no processo penal deve ser inutilizada mediante decisão judicial, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

145. Quanto à alegação sobre a negativa do Poder Judiciário de destruir as fitas magnetofônicas obtidas através do monitoramento ilegal, o Tribunal adverte que a destruição das mesmas não forma parte da matéria sob análise neste caso (*supra* pars. 37 e 38 e *infra* par. 199) e que as mesmas foram incineradas em 23 de novembro de 2002 por ordem da juíza Khater, depois da solicitação do Ministério Público nos autos do Pedido de Censura. O Tribunal, portanto, não analisará tal argumento.

146. A Corte conclui que as interceptações e gravações das conversas telefônicas objeto deste caso não observaram os artigos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° e 8° da Lei n° 9.296/96 e, por isso, não estavam fundadas em lei. Em consequência, ao descumprir o requisito de legalidade, não resulta necessário continuar com a análise quanto à finalidade e à necessidade da interceptação. Com base no anterior, a Corte conclui que o Estado violou o direito à vida privada, reconhecido no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com a obrigação consagrada no artigo 1.1 do mesmo tratado em prejuízo de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni.

2.Ii) Vida Privada, Honra e Reputação, e Divulgação das Conversas Telefônicas

147. A Comissão alegou que as gravações em tela se encontravam em poder dos órgãos do Estado e que eram resguardadas pelo instituto do segredo de justiça. Os entes sobre os quais recaía a responsabilidade de zelar por esse segredo descumpriram seu dever legal, pois a informação chegou à imprensa e foi publicada através de diversos meios, afetando as vítimas em sua vida privada e em sua dignidade. As gravações não constituíam informação pública, pelo que sua divulgação sem a autorização de seus interlocutores se tornou ilegítima. Além da difusão através da imprensa, o conteúdo das conversas foi novamente divulgado e descontextualizado, bem como as atividades dos membros da COANA e da ADECON desqualificadas, na coletiva de imprensa promovida pelo ex-secretário de segurança. Estimou que, por força do artigo 10 da Lei n° 9.296/96, por sua condição de agente de Estado e pela natureza do seu cargo, o ex-secretário de segurança estava obrigado não apenas a abster-se de difundir o conteúdo das conversas, mas também a promover a investigação dos fatos. Segundo a Comissão, "por mais que o Estado, mediante a resolução judicial […] tenha absolvido o suposto responsável [pela divulgação das conversas telefônicas], não esclarece sua responsabilidade, pois a proteção internacional dos direitos humanos não deve confundir-se com a justiça penal". O Poder Judiciário brasileiro reconheceu que as gravações foram divulgadas, apesar de estarem sob custódia e controle exclusivo do Estado. A divulgação das fitas gravadas configurou uma violação ao direito à honra e à dignidade de toda pessoa, o qual inclui sua privacidade, segundo o artigo 11 da Convenção Americana, lido em conjunto com os artigos 30 e 32.2 do mesmo instrumento.

148. Em seu escrito de petições e argumentos, os representantes assinalaram que durante a coletiva de imprensa celebrada em 8 de junho de 1999, o ex-secretário de segurança distribuiu aos jornalistas partes transcritas e cópias das fitas com as conversas gravadas ilegalmente, violando o segredo de justiça determinado em lei. Em seguida, tais gravações foram divulgadas em um importante noticiário televisivo do Brasil, o Jornal Nacional[76]. Os representantes aduziram que tal funcionário prestou declarações à imprensa imputando às vítimas a prática de infrações penais não comprovadas judicialmente, entre elas a posse ilegal de armas e o plano de atentar violentamente contra funcionários da polícia e do Poder Judiciário. De acordo com os representantes, as críticas do ex-secretário de segurança reforçaram o padrão de criminalização por parte dos agentes do Estado às atividades dos movimentos sociais e dos defensores de direitos humanos que lutam pela terra no Brasil. Finalmente, os representantes sustentaram que o Estado realizou uma ingerência ilegal, abusiva e arbitrária na vida privada, honra e dignidade das pessoas cujas conversas foram interceptadas, gravadas e divulgadas por agentes estatais.

149. O Estado asseverou que foi instaurada uma ação penal para examinar a suposta violação do segredo de justiça pelo ex-secretário de segurança, no marco da qual o acusado foi absolvido sob o argumento de que sua conduta não caracterizava crime, uma vez que ficou comprovado no processo que não havia sido tal funcionário quem divulgou parcialmente o conteúdo das fitas. O ilícito penal supostamente cometido pelo ex-secretário de segurança foi analisado de modo regular por órgãos judiciais internos, sendo a ação penal julgada em conformidade com a jurisprudência nacional predominante; assim como internacionalmente, conforme a manifestação da Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito, no sentido de que não houve violação à Convenção pela forma como foi conduzida a investigação penal (*infra* par. 182). Assim, o Estado alegou que a conduta do ex-secretário Cândido Martins não deveria ser discutida ante a Corte, pois não apresenta elementos que possam configurar a alegada violação do artigo 11 da Convenção.

150. A Corte observa que trechos das gravações obtidas por meio das interceptações telefônicas foram exibidos em 7 de junho de 1999 no noticiário Jornal Nacional (*supra* par. 94). Não existiu uma investigação pela entrega à rede de televisão do material probatório que se encontrava sob custódia estatal e protegido pelo segredo de justiça, e que serviu de base para a reportagem mencionada. Ante a ausência de investigação por parte do Estado para determinar o ocorrido, a informação ilegitimamente entregue e os agentes estatais responsáveis (*infra* par. 205), não se pode determinar com exatidão o conteúdo do material levado ao conhecimento de terceiros, nesse caso, das pessoas que decidiram publicar e que elaboraram tal notícia no canal de televisão.

[76] Os representantes alegaram que "na noite do mesmo dia [da conferência de imprensa], em 8 de junho, fragmentos descontextualizados de algumas das ligações interceptadas foram divulgados [no] noticiário noturno denominado 'Jornal Nacional'". Escrito de petições e argumentos (Expediente de fondo, Tomo I, folha 316).

151. Consoante exposto (*supra* par. 127), em casos como o presente a defesa do Estado não pode basear-se na impossibilidade do demandante de juntar provas aos autos, quando é o Estado que tem o controle dos meios para esclarecer os fatos sucedidos. Apesar da falta de investigação dos fatos relativos a essa divulgação, o Tribunal observa que o major Neves menciona no relatório sobre as interceptações, apresentado à Vara de Loanda que um policial militar "repassou criminosamente fitas de vídeo-cassetes e áudio-cassetes, material de prova, à imprensa e/ou outras pessoas"[77]. Ainda, as declarações do coronel Kretschmer e do ex-secretário de segurança, no marco da ação penal promovida contra esse último, coincidem que as fitas estavam sob a custódia da Polícia Militar e que se dizia que teriam sido entregues à imprensa pelo funcionário indicado pelo major Neves no seu relatório[78].

152. Contudo, embora não conte com todos os elementos para determinar quais conversas foram divulgadas nessa primeira ocasião nem quem eram seus interlocutores pela falta de investigação referida, a Corte nota que através do mesmo Pedido de Censura foram interceptadas conversas das vítimas que não foram publicadas e as conversas divulgadas no noticiário. Por isso, o Tribunal considera altamente provável e razoável supor que o material de áudio entregue à rede de televisão contivesse a gravação de conversas telefônicas das vítimas [79]. Dessa forma, estas sofreram uma ingerência em suas vidas privadas.

153. Quanto à divulgação das conversas telefônicas pelo ex-secretário de segurança, a decisão emitida no marco da ação penal asseverou que "a divulgação dos dados colhidos com a escuta telefônica [...] não foi feita durante a entrevista coletiva convocada pelo [referido agente], que se viu no dever de esclarecer os fatos anteriormente divulgados". Desse modo, o Tribunal de Justiça concluiu que o ex-secretário de segurança "não quebrou o sigilo de dados obtidos pela interceptação telefônica, vez que [...] já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão"[80]. A Corte ressalta que, nos autos da ação penal não constam, elementos que determinem o conteúdo da reportagem exibida no Jornal Nacional em 7 de junho de 1999. O que se demonstra nesse processo é que a rede de televisão divulgou alguns trechos das conversas gravadas, sem que estes, ou seus interlocutores, tenham sido identificados no procedimento criminal ou

[77] Relatório de entrega das 123 cintas magnetofônicas, *supra* nota 83, folha 2143. No mesmo sentido, declaração do Mayor Neves de 5 de novembro de 2002 no marco da Ação Penal nº 2001.2125-5 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 18, Tomo IV, folha 2742).
[78] Cf. Declaração do ex-secretário de segurança de 18 de outubro de 1999 no marco da Investigação Criminal nº 82.516-5 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 18, Tomo II, folhas 2447 e 2448); declaração do ex-secretário de segurança de 6 de agosto de 2001 no marco da Ação Penal nº 2001.2125-5 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 18, Tomo IV, folha 2730); e declaração do coronel Kretschmer de 5 de novembro de 2002 no marco da Ação Penal nº 2001.2125-5 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Anexo 18, Tomo IV, folha 2743).
[79] Cf. Tabelas de controle das fitas gravadas, *supra* nota 85, folha 2147; vídeos de duas reportagens exibidas nos noticiários nacionais nos dias 8 e 9 de junho de 1999, *supra* nota 81; e jornal Folha do Paraná, edição de 20 de junho de 1999, nota intitulada "Conversas incluem propostas de pressão" (Expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, Anexo 10, folha 2029).
[80] Acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 14 de outubro de 2004, *supra* nota 27, folha 114.

ante o Sistema Interamericano. Por essas omissões, a Corte não pode comparar a informação transmitida pelo noticiário e aquela divulgada pelo ex-secretário de segurança durante a coletiva de imprensa.

154. No marco da referida ação penal, o então secretário Cândido Martins declarou que na conferência de imprensa citada "analis[ou] com os jornalistas os trechos que a rede [de televisão] havia divulgado anteriormente; que não entregou e não divulgou nenhum trecho das gravações, […] limitando-[se] a responder as perguntas formuladas pelos jornalistas no tocante aos trechos já divulgados pela televisão"[81]. Não obstante, a Corte nota que os jornalistas intimados a depor no procedimento penal movido contra o ex-secretário de segurança expressaram em seus depoimentos que este fez com que os presentes na coletiva de imprensa escutassem o áudio de algumas fitas gravadas, e que foram distribuídas aos jornalistas cópias da transcrição de algumas conversas. Nesse sentido, o jornalista Evandro César Fadel declarou que durante a coletiva, a assessoria de imprensa da Secretaria de Segurança entregou aos jornalistas uma cópia transcrita de pequenos fragmentos das conversas[82]. A jornalista Fabiana Prohmann afirmou que "durante a entrevista foi passado [o áudio] da gravação da escuta telefônica e [foi] distribuído aos jornalistas o texto da degravação [...] em referência; [e] que com esses dados a depoente elaborou a reportagem que foi publicada [...] no dia posterior"[83]. Da mesma maneira, a jornalista Luciana Pombo declarou que "após a entrevista a assessoria de imprensa da Secretaria de Segurança Pública passou o material contendo fitas gravadas para a imprensa falada e televisionada e parte[s] escrit[as] para os jornais"[84].

155. As reportagens televisivas coincidem com o afirmado pelas testemunhas e, ademais, narram que o ex-secretário de segurança apresentou novos trechos das gravações durante a coletiva de imprensa. Um dos vídeos anexados aos autos deste caso mostra a imagem de uma pessoa lendo um texto impresso intitulado "Conversas gravadas de líderes do MST (As gravações foram obtidas com autorização da Justiça)", e afirma que "a Secretaria de Segurança divulgou ontem à tarde novos trechos da interceptação das chamadas telefônicas dos [trabalhadores] sem terra"[85]. Em outro vídeo, o repórter narra que "no fim da tarde o Secretário de Segurança Cândido Martins de Oliveira deu uma entrevista coletiva e divulgou novos trechos das gravações das conversas telefônicas dos integrantes do MST", e exibe o áudio de uma conversa gravada que supostamente compõe "um dos fragmentos divulgados hoje [8 de junho de 1999]"[86].

[81] Declaração do ex-secretário de segurança de 6 de agosto de 2001, *supra* nota 143, folha 2730.
[82] Cf. Declaração do jornalista Evandro César Fadel, *supra* nota 80, folhas 1438 e 1439.
[83] Declaração da jornalista Fabiana Prohmann, *supra* nota 80, folha 1482.
[84] Declaração da jornalista Luciana Pombo, *supra* nota 81, folha 1443.
[85] Cf. Vídeos de duas reportagens exibidas nos noticiários nacionais nos dias 8 e 9 de junho de 1999, *supra* nota 81.
[86] Cf. Vídeos de duas reportagens exibidas nos noticiários nacionais nos dias 8 e 9 de junho de 1999, *supra* nota 81.

156. Dessa forma, a Corte conclui que o ex-secretário de segurança não se limitou a comentar as matérias apresentadas anteriormente no noticiário. O senhor Cândido Martins levou ao conhecimento de outras pessoas trechos das gravações, com base nos quais foram elaborados diversos materiais para a imprensa escrita e televisiva; inclusive, também poderia ter divulgado novos fragmentos das gravações, conforme declarado pelos jornalistas. A Corte destaca que em nenhum momento se alegou ou provou que tal divulgação tenha ocorrido com autorização judicial ou que o objetivo dessa divulgação estivesse autorizado em lei, conforme requerido pelo artigo 10 da Lei nº 9.296/96 para a quebra de segredo de justiça.

157. A Corte considera que nesse segundo momento, do mesmo modo que na divulgação de 7 de junho de 1999, houve ingerência na vida privada, na honra e na reputação das vítimas. Embora suas conversas especificamente não tenham sido reproduzidas pela imprensa, as informações divulgadas pelo Estado no presente caso aludiam às atividades das organizações administradas ou integradas pelas vítimas, cujos nomes puderam ser negativamente relacionados com a prática de atividades delitivas.

158. Ante o exposto, a Corte considera que as conversas telefônicas das vítimas e as conversas relacionadas com as organizações que elas integravam eram de caráter privado e nenhum dos interlocutores consentiu que fossem conhecidas por terceiros. Assim, a divulgação de conversas telefônicas que se encontravam sob segredo de justiça, por agentes do Estado, implicou uma ingerência na vida privada, honra e reputação das vítimas. A Corte deve examinar se tal ingerência resulta compatível com os termos do artigo 11.2 da Convenção.

159. Para avaliar se a ingerência na vida privada, honra e reputação das vítimas é permitida de acordo com a Convenção Americana, a Corte examinará inicialmente se a divulgação das conversas gravadas cumpre com o requisito de legalidade, nos termos expostos anteriormente (*supra* pars. 116 e 130).

a) Legalidade da Ingerência

160. A Constituição brasileira consagra o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, salvo nas situações definidas na Lei nº 9.296/96. Esta determina em seu artigo 8º que no procedimento de interceptação telefônica, de qualquer natureza, deve ser preservado "o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas". Mais ainda, o artigo 10 da referida lei tipifica como crime o ato de "quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei" (*supra* par. 141).

161. No presente caso, o material obtido através da interceptação ilegal, o qual se encontrava sob custódia do Estado e protegido por segredo de justiça, foi levado a conhecimento de terceiros, alheios ao Pedido de Censura, em duas ocasiões: i) por meio do agente não identificado que entregou à Rede Globo de Televisão as fitas nas quais se baseou a reportagem exibida em 7 de junho de 1999, e ii) através do ex-secretário de segurança, que entregou partes transcritas das gravações aos

jornalistas presentes na coletiva de imprensa de 8 de junho de 1999 e os fez escutar fragmentos de áudio das fitas gravadas.

162. No tocante à primeira divulgação, o Estado não apresentou uma explicação satisfatória sobre como conversas privadas interceptadas e gravadas no curso de uma investigação penal, protegidas pela figura do segredo de justiça, culminaram em um meio de imprensa. A entrega do material à rede de televisão foi contrária aos artigos 1°, 8° e 10 da Lei n° 9.296/96. Em termos gerais, a Corte considera que manter sigilo quanto às conversas telefônicas interceptadas durante uma investigação penal é um dever estatal: a) necessário para proteger a vida privada das pessoas sujeitas a uma medida de tal natureza; b) pertinente para os efeitos da própria investigação; e c) fundamental para a adequada administração da justiça. No presente caso, tratava-se de informação que deveria permanecer apenas em conhecimento de um reduzido número de funcionários policiais e judiciais e o Estado falhou em sua obrigação de mantê-la sob o devido resguardo.

163. Quanto à divulgação por parte do ex-secretário de segurança, ao apresentar um resumo fático dos eventos, sua conduta poderia ter a finalidade de informar à população um assunto de interesse geral; no entanto, na referida coletiva de imprensa expôs o áudio das gravações a outras pessoas e distribuiu fragmentos impressos das conversas sem que estivesse autorizado por lei ou por ordem judicial como exigido pela Lei n° 9.296/96.

164. Em consequência, a Corte considera que, ao divulgar as conversas privadas que se encontravam sob segredo de justiça, sem respeitar os requisitos legais, o Estado violou os direitos à vida privada, à honra e à reputação, reconhecidos nos artigos 11.1 e 11.2 da Convenção Americana, conexo com a obrigação de respeito consagrada no artigo 1.1 do mesmo tratado, em prejuízo de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni. Por outra parte, o exame relativo a uma eventual violação da Convenção Americana sobre as alegadas deficiências na investigação dos fatos do presente caso será analisado no Capítulo IX desta Sentença, correspondente aos artigos 8 e 25 do referido tratado.

VIII
ARTIGO 16 (LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO)[87] EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS) DA CONVENÇÃO AMERICANA

165. A Comissão destacou "a obrigação do Estado de não interferir no exercício do direito de reunião ou associação, [e] a obrigação de adotar, em certas

[87] O artigo 16 estabelece que:
1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

circunstâncias, medidas positivas para assegurar [seu] exercício efetivo". Alegou que as restrições à liberdade de associação constituem "graves obstáculos à possibilidade de as pessoas reivindicarem seus direitos, darem a conhecer suas solicitações e promoverem a busca de mudanças ou soluções aos problemas que as afetam". Ainda, "a intervenção arbitrária das comunicações de pessoas [pertencentes a uma associação] restringe não somente a liberdade de associação de um indivíduo, mas também o direito e a liberdade de determinado grupo de associar-se livremente, sem medo ou temor". A liberdade para associar-se e buscar certos fins coletivos é indivisível, de modo que uma restrição à possibilidade de associar-se representa diretamente um limite ao direito da coletividade de alcançar os fins aos quais se propõe. As forças de segurança do Estado podem ver-se em necessidade de realizar operações de inteligência, de acordo com a lei, para combater o crime e proteger a ordem constitucional. Contudo, tais ações são legítimas quando constituem uma medida estritamente necessária para salvaguardar as instituições democráticas e quando existem garantias adequadas contra os abusos. No presente caso, "a interceptação, o monitoramento e a gravação das comunicações telefônicas das vítimas foram realizados com o objetivo de exercer o controle de suas atividades associativas, [e] a publicação dessas comunicações, resguardadas por segredo de justiça, foi efetuada expressamente para deslegitimar o trabalho das associações de que faziam parte [as vítimas]". Em virtude "da natureza de sua atividade, e da existência de uma tendência de perseguição contra os defensores e representantes dos trabalhadores sem terra, […] a Comissão considerou que as intervenções, o monitoramento e a publicação d[as] informações em questão configuraram um modo de restrição velada à liberdade de associação [das vítimas]". Com base no exposto, solicitou à Corte que declare a violação ao artigo 16 da Convenção Americana.

166. Os representantes ratificaram os argumentos da Comissão e acrescentaram que a violação no presente caso "estava nitidamente caracterizada pela criminalização e perseguição aos defensores de direitos humanos e movimentos sociais [com o] objetivo [de] desmoralizar e […] silenciar as lideranças do movimento". O direito à liberdade de associação dos membros da COANA e da ADECON foi violado em virtude dos "ataques sofridos pelas vítimas advindos do Poder Judiciário – representado pela juíza [Khater]; e do Poder Executivo – representado pelos membros da Polícia Militar e pelo [ex-secretário de segurança], [os quais criaram] sérios obstáculos à promoção dos direitos humanos pelas organizações, especificamente o direito à terra". Os representantes alegaram que a atuação do Estado ocasionou prejuízos às atividades da COANA e da ADECON não só porque a imagem de tais associações foi afetada, mas também porque, a partir da interceptação e divulgação das conversas telefônicas, vários de seus integrantes foram detidos ou fugiram da região ao verem-se ameaçados, e porque tais associações perderam prestígio ante empresas e bancos, o que impossibilitou a obtenção de recursos financeiros. "Não restam dúvidas de que o objetivo dessa atuação estatal era, além de criminalizar [e intimidar] as vítimas, enfraquecer as associações de trabalhadores rurais ligadas ao MST que luta[m] pelo

acesso à terra, [pelo] fim do latifúndio e a equânime distribuição da propriedade rural". Os representantes ressaltaram a importância do combate à impunidade dos funcionários estatais responsáveis pelas violações aos direitos dos defensores de direitos humanos. Em outra medida, apesar da criação no ano de 2004 do "Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos" da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, não existe uma proteção estatal efetiva, uma vez que esse programa tem uma estrutura "incipiente e inadequada" e carece de um marco legal que o fortaleça política e financeiramente. Alegaram que no Paraná tal programa sequer foi implementado. De acordo com os representantes, as ameaças e os homicídios contra membros do MST ocorreram na região sem que o Estado tenha tomado medidas, evidenciando assim a inexistência de uma proteção efetiva.

167. O Estado afirmou que, erroneamente, a Comissão tratou em conjunto os direitos de reunião e de associação, inobstante a Convenção assegurar tais direitos em artigos distintos. Indicou que a menção à liberdade de reunião neste caso é indevida e solicitou que as observações da Comissão a esse respeito não fossem consideradas. Brasil negou a violação ao direito de associação das vítimas e a existência de "uma tendência à perseguição a trabalhadores rurais e restrição velada ao direito de associação". A inclusão da violação ao direito de associação na demanda da Comissão se baseou unicamente no princípio *iura novit curia*, sem identificar claramente os fatos que efetivamente configuraram a suposta violação. Nenhuma pessoa sofreu restrições a seu direito de associar-se ou manter-se associada em virtude dos fatos do caso. Observou que, com base nos depoimentos aportados pela Comissão, não existe relação entre as associações COANA e ADECON e o MST. Por isso, o argumento "de que as interceptações [...] telefônicas tiveram como objetivo restringir a atuação do MST ou perseguir seus líderes, não tem coerência com os fatos".

168. Ademais, o Brasil arguiu que a proteção ao direito em comento é conferida pela Constituição no artigo 5°, incisos XVII a XXI. Nesse sentido, a única possibilidade de interferência estatal para extinguir ou suspender seu exercício seria mediante uma decisão judicial com fundamento na existência de uma finalidade ilícita de associação. Portanto, existem garantias constitucionais a esse direito e, ainda assim, eventuais violações poderiam ser reparadas por meio do mandado de segurança. A realização de interceptações telefônicas não viola, *per se*, o direito à liberdade de associação. Esta somente ocorre quando existem irregularidades no procedimento e quando são causados danos. No presente caso, as interceptações e monitoramentos das linhas telefônicas tinham como fundamento a investigação em curso sobre o possível desvio de recursos públicos do PROCERA e do PRONAF, por parte de dirigentes da COANA e da ADECON, assim como o homicídio de Eduardo Aghinoni. De acordo com os argumentos estatais, não houve nenhuma irregularidade nessa diligência nem indícios de que o pedido pretendia impedir o exercício da liberdade de associação, pelo que tampouco houve uma violação ao artigo 16 da Convenção. Estimou que,

sendo aceitos os argumentos da Comissão, se chegaria ao absurdo de que o Estado não poderia autorizar averiguações penais contra os dirigentes das associações, sob o argumento de que isso lhes causaria temor e os inibiria de associar-se. Finalmente, o Estado asseverou que leva adiante diversas medidas de apoio e incentivo ao exercício do direito de associação, em especial dirigidas às associações de trabalhadores rurais. No tocante à proteção dos defensores de direitos humanos, têm-se implementado políticas públicas, tais como o "Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos" e a "Política Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos". Os mencionados programas foram implementados em diversos Estados da federação e espera-se a inclusão de outros, entre eles, o Estado do Paraná. Agregou que existem convênios com organizações civis ligadas aos trabalhadores rurais, com o objetivo de prover às famílias dos assentamentos serviços de gestores de direitos humanos, serviços comunitários e prestação de assistência jurídica, além da participação de tais entidades em "foros específicos de discussões orientados à elaboração de programas relacionados à política de reforma agrária", conjuntamente com políticas de combate à violência no campo.

169. O artigo 15 da Convenção Americana consagra o direito de reunião pacífica e sem armas. Por sua vez, a liberdade de associação, prevista no artigo 16 do mesmo tratado pressupõe o direito de reunião e se caracteriza por habilitar as pessoas para criar ou participar de entidades ou organizações com o objetivo de atuar coletivamente na consecução dos mais diversos fins, sempre e quando estes sejam legítimos. Diferentemente da liberdade de associação, o direito de reunião não implica necessariamente a criação de ou participação em entidade ou organização, mas pode manifestar-se em uma união esporádica ou congregação para perseguir os mais diversos fins, desde que estes sejam pacíficos e conformes à Convenção. Ante o anterior, e considerando que os argumentos das partes neste caso versam principalmente sobre possíveis restrições injustificadas do Estado à liberdade de associação de membros da COANA e da ADECON, a Corte procederá a analisar exclusivamente se o Estado violou, em prejuízo das vítimas, o direito consagrado no artigo 16 da Convenção.

170. O Tribunal indicou que o artigo 16.1 da Convenção Americana estabelece que aqueles que estão sob a jurisdição dos Estados Partes têm o direito de associar-se livremente com outras pessoas, sem intervenção das autoridades públicas que limitem ou maculem o exercício do referido direito. Trata-se, pois, do direito a agrupar-se com a finalidade de buscar a realização comum de um fim lícito, sem pressões ou intromissões que possam alterar ou desvirtuar tal finalidade[88].

171. Além das obrigações negativas mencionadas, a Corte Interamericana observou que da liberdade de associação também derivam obrigações positivas de prevenir os atentados contra a mesma, proteger a quem a exerce e investigar as

[88] Cf. Caso Baena Ricardo e outros, *supra* nota 46, par. 156; Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C n° 167, par. 144; e Caso Kawas Fernandéz, *supra* nota 35, par. 143.

violações a essa liberdade. Essas obrigações positivas devem ser adotadas inclusive na esfera de relações entre particulares, se o caso assim o requeira[89].

172. No presente caso, segundo a Comissão e os representantes, a alegada violação à liberdade de associação estaria vinculada ao trabalho de promoção e defesa dos direitos humanos no que se refere aos trabalhadores rurais. A esse respeito, como destacou este Tribunal[90], os Estados têm o dever de facilitar os meios necessários para que os defensores de direitos humanos realizem livremente suas atividades; de protegê-los quando são objeto de ameaças, para evitar os atentados à sua vida e integridade; de abster-se de impor obstáculos que dificultem a realização de seu labor, e investigar séria e eficazmente as violações cometidas em prejuízo dos mesmos, combatendo a impunidade.

173. A Corte destaca que a Convenção Americana reconhece o direito de associar-se livremente, e ao mesmo tempo estabelece que o exercício de tal direito pode estar sujeito a restrições previstas por lei, que persigam um fim legítimo e que, definitivamente, resultem necessárias em uma sociedade democrática. Dessa forma, o sistema estabelecido pela Convenção resulta equilibrado e idôneo para harmonizar o exercício do direito de associação com a necessidade de prevenir e investigar eventuais condutas que o direito interno tipifique como delitivas.

174. No presente caso, o Tribunal considerou provado que o Estado interceptou e gravou, sem cumprir os requisitos legais, as conversas telefônicas pertencentes a duas organizações sociais; não cumpriu sua obrigação de custodiar a informação privada interceptada e divulgou-a sem autorização judicial, tudo isso violando o artigo 11 da Convenção em relação com o artigo 1.1 da mesma em prejuízo das vítimas, as quais eram membros e dirigentes da COANA e da ADECON (*supra* pars. 146 e 164). Apesar de o Estado ter afirmado que a interceptação das comunicações não era contrária à liberdade de associação, pois perseguia um fim legítimo – a investigação do delito –, não se evidencia através dos autos que as finalidades declaradas pela autoridade policial no seu pedido de interceptação telefônica, ou seja, a investigação da morte de um dos integrantes de COANA e os supostos desvios de recursos públicos, fossem as que efetivamente se perseguiam.

175. Chama a atenção da Corte que o major Neves tenha dito, ao solicitar a cessação da interceptação, que "[o] monitoramento realizado até [aquela] data já [tinha] surtido o efeito desejado"[91] , sem que isso tenha resultado em avanços nas investigações da morte de Eduardo Aghinoni ou do desvio de recursos, o que supostamente motivou a diligência, nem em nenhuma outra ação investigativa ou

[89] Caso Huilca Tecse Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C nº 121, par. 76; Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz, *supra* nota 153, par. 144; e Caso Kawas Fernandéz, *supra* nota 35, par. 144.
[90] Caso Nogueira de Carvalho e outro Vs. Brasil. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de Novembro de 2006. Série C nº 161, par. 77; Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C nº 192, par. 91; e Caso Kawas Fernandéz, *supra* nota 35, par. 145.
[91] Cf. Pedido de término da interceptação telefônica de 25 de maio de 1999, *supra* nota 78, folha 2138.

de qualquer outra índole, por parte da polícia ou de outras autoridades estatais. Adicionalmente, em seu relatório sobre os resultados da interceptação remetido à juíza Khater, o major Neves não incluiu nem se referiu a nenhuma conversa relacionada com os fatos alegadamente investigados, mas tão somente apontou trechos de conversas que a critério de tal funcionário davam conta da existência de um "infiltrado" do MST na Polícia Militar[92].

176. Outrossim, o Tribunal adverte que nos resumos das fitas gravadas, nenhum dos fragmentos ressaltados pelas autoridades policiais tem relação com o propósito investigativo indicado no pedido de interceptação[93].

177. Adicionalmente, a Corte observa que inclusive funcionários e organismos do Estado expressaram que a solicitação de intervenção não perseguia o fim declarado. Dessa forma, nos autos do Pedido de Censura a agente do Ministério Público indicou que a "interceptação telefônica não possuiu objetivo determinado, mas, apenas visou monitorar as atividades do MST, coincidentemente durante o período em que o Governo [do] Paraná determinou a desocupação de propriedades rurais [na região]"[94]. Em sentido coincidente, o Relatório da Corregedoria da Polícia Civil do Paraná sobre a atuação da Polícia Militar nas interceptações telefônicas da COANA e da ADECON expressou que "são fortíssimos os indícios de que a interceptação [em referência], embora disfarçado com a carapuça da legalidade (em razão da existência da questionável autorização judicial), possuía objetivos intrínsecos não autorizados em lei, caracterizando, então, o crime previsto no artigo 10 da Lei [n° 9.296/96]"[95].

178. A Corte nota, portanto, que a ingerência do Estado nas comunicações da COANA e da ADECON além de não cumprir com os requisitos legais, não atendeu ao fim supostamente legítimo ao qual se propunha, ou seja, a investigação criminal dos delitos alegados, e trouxe consigo o monitoramento de ações dos integrantes de tais associações.

179. De outra feita, em sua declaração, Arlei José Escher sustentou que "a divulgação denegriu sua pessoa e a entidade da qual participava. Inclusive gerou conflitos e dúvidas dentro da [COANA] e da ADECON", e ainda "teve grande efeito [nas atividades das mesmas] vez que [estas] foram paralisadas e projetos foram interrompidos". Assinalou que "tem receio de prestar depoimento [e] as perseguições serem retomadas"[96]. Por sua vez, Delfino José Becker declarou "que não sabe se as atividades da ADECON e COANA fora[m] ou não afetadas pela divulgação, mas atrapalhou a imagem das entidades"[97]. Por sua parte, Pedro Alves

[92] Cf. Relatório de entrega das 123 fitas magnetofônicas, *supra* nota 83, folha 2143.
[93] Cf. Tabelas de controle das fitas gravadas, *supra* nota 85, folhas 2147 a 2160.
[94] Escrito do Ministério Público de 8 de setembro de 2000, *supra* nota 84, folha 2219.
[95] Parecer da Corregedoria da Polícia Civil do Paraná de 7 de julho de 1999 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo II, Anexo 18, folha 2369).
[96] Declaração prestada por Arlei José Escher ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008, *supra* nota 72, folha 697.
[97] Declaração prestada por Delfino José Becker ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008,

Cabral na sua declaração afirmou "que em decorrência dessas divulgações, foi bastante afetada sua vida pessoal e profissional, tendo sido perseguido, inclusive pela polícia, [e] preso depois destes fatos, mas não foi condenado. [A] divulgação gerou medo nos agricultores integrantes da cooperativa" e "as atividades da ADECON e COANA foram afetadas na época [e houve] medo e temor"[98]. No mesmo sentido, Marli Bambrilla Kappaum declarou que "tem receio de prestar depoimento vez que desde então passou a não confiar no Estado" e que as divulgações "[deram] a impressão que [as associações] seriam [...] organizações criadas para praticarem crimes"[99]. Finalmente, Celso Aghinoni declarou ante a Corte que a imagem das associações foi prejudicada, que "todo mundo começou a [vê-los] como bandidos, como terroristas"; que os projetos dentro da cooperativa para beneficiar a produção "fica[ram] paralisado[s] durante cinco anos, até que [...] consegui[ram] [re]adquirir a confiança [...] das empresas, do[s] banco[s] e das próprias organizações do governo, pelo que tiveram um prejuízo moral e econômico muito grande"; que "[havia] uma perseguição sistemática da polícia civil e militar [aos integrantes das associações]", e que depois dos fatos ele "evita[va] falar que [...] era membro da COANA"[100].

180. A Corte não conta com outros elementos que lhe permitam considerar provadas as perseguições nem os danos materiais alegados pelos representantes, tais como a perda de ingressos ou de possibilidades de crédito das organizações como consequência dos fatos mencionados. Todavia, as declarações das testemunhas antes citadas demonstram de maneira consistente que quando essas pessoas tomaram conhecimento da interceptação e da divulgação de suas conversas telefônicas, sofreram um temor intenso e, por outra parte, a divulgação causou problemas entre os associados e agricultores vinculados às organizações COANA e ADECON, além de afetar a imagem dessas entidades. Por sua vez, o Estado realizou observações sobre o conteúdo de alguma das declarações indicadas, as quais se referem a outros aspectos de tais manifestações[101]. Em consequência, o Tribunal considera provado que o monitoramento das comunicações telefônicas das associações sem que fossem observados os requisitos da Lei, com fins declarados que não se sustentam nos fatos nem na conduta posterior das autoridades policiais e judiciais, e sua posterior divulgação causaram temor, conflitos e afetações à imagem e à credibilidade das entidades. De tal maneira, alteraram o livre e normal exercício do direito de associação dos membros já mencionados da COANA e da ADECON, implicando uma interferência contrária à Convenção Americana. Com base no anterior, o Estado violou em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, o direito

supra nota 72, folha 969.
[98] Declaração prestada por Pedro Alves Cabral ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008, *supra* nota 72, folha 971.
[99] Declaração prestada por Marli Brambilla Kappaum ante o Ministério Público em 7 de novembro de 2008, *supra* nota 69, folha 982.
[100] Declaração prestada por Celso Aghinoni na audiência pública, *supra* nota 66.
[101] Cf. *supra* nota 57.

à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do referido tratado.

IX
ARTIGOS 8.1 (GARANTIAS JUDICIAIS)[102] E 25.1 (PROTEÇÃO JUDICIAL)[103] EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS) DA CONVENÇÃO AMERICANA

181. A Comissão alegou que a inexistência de um recurso efetivo contra as violações dos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão desse mesmo instrumento pelo Estado Parte, deixando as pessoas indefesas. Manifestou que não basta que os recursos existam formalmente, mas também é preciso que seja efetiva sua aplicação pela autoridade competente. Agregou que as vítimas acudiram aos tribunais nacionais para conseguir a proteção de direitos fundamentais consagrados na Constituição, nas leis internas e na Convenção Americana, mediante a interposição do mandado de segurança e dos embargos de declaração, com a finalidade de lograr a cessação das gravações e a destruição das fitas. Entretanto, o tribunal nacional não escutou as vítimas "com relação ao mérito de seus pedidos", ao não pronunciar-se sobre o requerimento de destruição das fitas. Considerou que "os resultados dos recursos tentados no âmbito interno mostram […] uma série de intromissões na vida privada das vítimas [e] no seu direito de associar-se, e que o Estado não respondeu com a devida diligência". Frente "a estas decisões judiciais as vítimas careciam de um recurso judicial efetivo para a tutela de seu direito à privacidade, configurando-se desse modo uma violação dos direitos protegidos pelos artigos 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana".

182. Por outra parte, a Comissão indicou na demanda, no que concerne à investigação penal dos fatos, que "em seu relatório de mérito [...] decidiu não tomar a si a análise de uma potencial violação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais relativamente à absolvição dos autores das violações dos direitos humanos objeto deste caso, uma vez que ela não necessariamente implica uma violação dos artigos 8 ou 25 da Convenção. A Comissão não recebeu durante a tramitação prova que conseguisse demonstrar que o processo penal foi conduzido de modo irregular ou distanciando-se dos parâmetros que dispõe o artigo 8 da Convenção". No entanto, insistiu que "o Estado tem o dever de investigar as

[102] O artigo 8.1 da Convenção, no que é pertinente, estabelece que:
Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
[103] O artigo 25.1 da Convenção estabelece que:
Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

violações dos direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade", pelo que "devia ser conduzida uma investigação destinada a determinar as responsabilidades administrativas, cíveis ou de qualquer outra natureza dos funcionários públicos envolvidos nas violações aos direitos humanos [das vítimas]". Na audiência pública do caso, a Comissão expôs que "discord[ava] absolutamente com o indicado [pelo Estado no sentido de] que não basta um erro judicial para que seja gerada a responsabilidade estatal, pois indubitavelmente a atuação do Poder Judicial pode determinar a responsabilidade internacional do Estado". Quanto à alegação do Estado de que os processos penal e administrativo haviam tramitado de forma muito diligente, a Comissão recordou a jurisprudência da Corte sobre o conceito de coisa julgada fraudulenta, e afirmou que "essa figura […] resulta de um litígio no qual não foram respeitadas as regras do devido processo, ou no qual os juízes não atuaram com independência e imparcialidade, e que no caso ficou demonstrado que o litígio ante os tribunais nacionais esteve contaminado por esses graves vícios". Em suas alegações finais escritas, a Comissão reiterou que se "devia conduzir uma investigação com o objetivo de determinar as responsabilidades administrativas ou de qualquer outra índole dos funcionários públicos envolvidos nas violações ocorridas, e insistiu que o Estado tem o dever de investigar as violações dos direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade". Concluiu que o Estado vulnerou o direito às devidas garantias judiciais das vítimas, assim como a possibilidade de que tivessem acesso a um recurso rápido, efetivo e simples, conforme estabelecido pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do citado instrumento.

183. Os representantes argumentaram que o Brasil violou as garantias judiciais do artigo 8 e a proteção judicial do artigo 25, ambos da Convenção: a) ao autorizar a interceptação telefônica com uma decisão judicial ditada contrariamente às disposições da Lei n° 9.296/96 e aos artigos 5° , inciso XII, e 93, inciso IX, da Constituição; b) ao divulgar, o ex-secretário de segurança, as conversas telefônicas interceptadas por meios de comunicação escritas e televisivas; c) ao não garantir um recurso judicial efetivo para impedir a continuidade das interceptações telefônicas ilegais e garantir a destruição das gravações; d) ao não garantir a devida imparcialidade e independência do órgão julgador no curso da investigação criminal; e) ao não assegurar às vítimas um recurso de investigação no âmbito administrativo para estabelecer a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos nas interceptações; e f) ao não garantir um recurso judicial efetivo, em um prazo razoável, para reparar civilmente os danos causados pelas interceptações ilegais e a divulgação das mesmas pelos agentes públicos.

184. Os representantes manifestaram que as vítimas interpuseram embargos de declaração ante a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para sanar a omissão da sentença quanto ao pedido de destruição das fitas. Esse recurso não foi admitido pelo referido tribunal e foi mantida a decisão original de extinção do mandado de segurança pela perda do objeto, sem que se tenha analisado o pedido

de destruição das fitas. Agregaram que o recurso ordinário constitucional não tinha utilidade efetiva para as vítimas, pois a violação ao direito à honra e à privacidade já estava consumada e o que elas pretendiam era impedir o prolongamento da violação no tempo, motivo pelo qual interpuseram o mandado de segurança. Como as interceptações já estavam suspensas, por determinação da juíza da Comarca de Loanda, não havia necessidade de interpor o recurso ordinário constitucional ante o Superior Tribunal de Justiça. Manifestaram que as vítimas apresentaram representação criminal ante o Procurador-Geral de Justiça contra os agentes públicos supostamente envolvidos nas interceptações ilegais pelos delitos de usurpação da função pública e abuso de autoridade, entre outros. Entretanto, nenhum dos agentes públicos foi responsabilizado pelo Poder Judiciário brasileiro. Acrescentaram que a Corregedoria do Tribunal de Justiça tampouco sancionou administrativamente a juíza Khater, "mesmo com reconhecimento expresso [desse Tribunal] de ter havido cerceamento do direito à privacidade constitucionalmente protegido". Afirmaram que as ações cíveis foram utilizadas pelas vítimas para obter uma reparação nesse âmbito, as quais foram apresentadas ante o Poder Judiciário em maio de 2004, sem que até a presente data haja uma decisão definitiva ou um prazo previsto para sua conclusão, pelo que a resolução dos casos não se tem dado em um tempo razoável.

185. Finalmente, os representantes alegaram que a juíza Khater violou a imparcialidade por: a) outorgar 45 mandados de reintegração de posse a favor de latifundiários da região noroeste do Paraná, em um tempo mínimo; b) autorizar, sem o devido fundamento legal e sem notificar o Ministério Público, a interceptação das linhas telefônicas da COANA e da ADECON solicitada pela Polícia Militar do Paraná, autoridade incompetente para tanto; e c) por seus vínculos de amizade com os proprietários de terra. Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná violou o princípio de imparcialidade ao julgar a responsabilidade penal da juíza Khater, bem como ao não iniciar um procedimento para estabelecer sua responsabilidade no âmbito administrativo, apesar das fortes evidências de que ela havia cometido uma ilegalidade. Concluíram que a juíza Khater não apenas não foi considerada responsável pela sua conduta, como também foi premiada tanto no âmbito funcional, ao ser promovida para a Comarca de Londrina, como na esfera política, ao ser condecorada pelo Poder Legislativo com o título de cidadã honorária do Estado do Paraná.

186. Por sua vez, o Estado sustentou que não houve violação aos artigos 8.1 e 25 da Convenção, posto que havia, pelo menos, duas opções para que as vítimas reclamassem seu direito, o recurso ordinário constitucional e o *habeas corpus* em consonância com o artigo 25 mencionado. Se as vítimas tivessem utilizado o recurso adequado, teriam sido escutadas de acordo com todas as garantias previstas no artigo 5° da Constituição Federal, entre elas, a proibição de tribunais de exceção, o princípio do juiz natural, o devido processo legal e a garantia de acesso à justiça, conforme estipulado no artigo 8.1 da Convenção. Adicionalmente, indicou que durante o procedimento do mandado de segurança foram observadas todas as

garantias do devido processo legal previstas na Lei n° 1.533, de 31 de dezembro de 1951; esse procedimento foi examinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o órgão competente; a decisão foi ditada conforme a jurisprudência; e as partes tiveram à sua disposição um recurso idôneo para revisar a decisão.

187. O Estado agregou que a decisão judicial que autorizou a interceptação das linhas telefônicas das organizações COANA e ADECON se produziu por um erro da juíza no que se refere ao procedimento legal que deve ser seguido. Esse erro foi amplamente investigado nas três esferas de responsabilidade do Estado: penal, administrativa e civil, o que leva a concluir que não se está diante de uma situação que mereceria a apreciação desse equívoco por parte de uma instância internacional. Afirmou que, como produto da representação criminal interposta pelas vítimas, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concluiu que o mero requerimento da interceptação não configuraria um crime, pelo que não pode imputar responsabilidade penal aos policiais militares que solicitaram a interceptação. A mesma conclusão foi aplicada ao ex-secretário de segurança no que se refere a recomendar a interceptação. Em relação à conduta da juíza, o Tribunal determinou que esta não atuou de má-fé ou com dolo e que, por esse motivo, seu erro não configuraria nenhum crime. Outrossim, o ex-secretário de segurança foi absolvido em segunda instância ao ter sido comprovado que ele não foi o responsável pela divulgação parcial do conteúdo das fitas. O Estado expressou que a "própria Comissão [em sua demanda] afirmou inexistirem provas que demonstrassem ter sido o processo penal conduzido de modo irregular ou distanciando-se dos direitos garantidos na Convenção Americana". Considerou que não se pode admitir a imputação da violação aos artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção simplesmente porque as decisões ditadas por instâncias judiciais internas não foram favoráveis às vítimas, e menos ainda quando dispunham de recursos internos para buscar reverter essas decisões.

188. O Estado manifestou que tampouco houve negligência no procedimento administrativo instaurado pela Corregedoria-Geral da Justiça referente à conduta da juíza Khater, e "considerou-se que o exame dos fatos já havia sido feito pelo Órgão Especial do Tribunal [de Justiça], nos autos da investigação penal, n[a] qual se concluiu pela ausência [de] dolo [na conduta dessa funcionária]".

189. Finalmente, Brasil assinalou que as vítimas estão utilizando os recursos judiciais disponíveis para defender civilmente seus direitos, os quais foram interpostos cerca de quatro anos depois da ocorrência dos fatos, em data posterior à denúncia ante a Comissão. Com o transcurso do tempo, a obtenção de documentos e depoimentos se torna mais complexa e demorada. A interposição tardia de uma ação não pode ser atribuída ao Estado, que já logrou julgar em primeira instância diversas ações interpostas, e algumas se encontram pendentes de recurso de apelação.

190. A Comissão não alegou em sua demanda a suposta violação à garantia de imparcialidade por parte da juíza Khater, nem a violação das garantias de imparcialidade e independência do Tribunal de Justiça que julgou a conduta

da referida magistrada. Essas alegações foram sustentadas unicamente pelos representantes.

191. A esse respeito, este Tribunal estabeleceu que a suposta vítima, seus familiares ou seus representantes podem invocar direitos distintos daqueles compreendidos na demanda da Comissão, desde que com base nos fatos nela apresentados[104].

192. A Comissão, quando menciona o conteúdo dos artigos 8.1 e 25 da Convenção, refere-se à necessidade de que um juiz ou tribunal independente e imparcial intervenha. Porém, a Corte observa que as alegações relacionadas com a suposta parcialidade da juíza Khater no caso concreto (*supra* par. 185, itens "a" e "c") se baseiam em fatos que não se depreendem da demanda, nem foram examinados no Relatório de Mérito n° 14/07 da Comissão Interamericana. Pelo anterior, tais alegações não serão consideradas pelo Tribunal. Quanto ao argumento sobre a autorização da ordem de interceptação telefônica no marco do Pedido de Censura (*supra* par. 185, item "b"), a Corte já analisou o pertinente no capítulo da presente Sentença relativo ao artigo 11 da Convenção.

193. Noutro diapasão, quanto à atuação do Tribunal de Justiça que interveio na investigação criminal, os representantes assinalaram que o referido órgão não atuou de acordo com as garantias de imparcialidade e independência ao julgar a juíza Khater, sem apresentar fundamentos nem elementos probatórios que explicitassem quais fatos ocorridos no trâmite desse procedimento configurariam uma violação de tais garantias. Outrossim, a Corte considerou provada a existência de um procedimento administrativo, o qual tramitou ante a Corregedoria do Tribunal de Justiça, relativo à conduta da juíza Khater no marco do Pedido de Censura (*supra* par. 110). Desse modo, não se demonstram nos autos os pressupostos fáticos que, segundo os representantes, violariam as garantias de imparcialidade e independência alegadas. Pelo exposto, a Corte rejeita tais argumentos.

194. O Tribunal indicou que os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção concretizaram, quanto às atuações e às omissões dos órgãos judiciais internos, os alcances do princípio de geração de responsabilidade pelos atos de qualquer dos órgãos do Estado[105]. Ademais, sustentou que para cumprir a obrigação de garantir direitos, os Estados não só devem prevenir, mas também investigar as violações aos direitos humanos reconhecidos na Convenção e procurar ademais, se possível, o restabelecimento do direito violado e a reparação dos danos produzidos pelas violações de direitos humanos[106].

[104] Cf. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n° 98, par. 155; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 32; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 127.

[105] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, pars. 164, 169 e 170; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n° 186, par. 140; e Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n° 191, par. 78.

[106] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 166; Caso Heliodoro Portugal, *supra* nota 170, par.

195. O dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado. A Corte tem manifestado de forma reiterada que este dever deve ser assumido pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutuosa[107], ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou dos seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios[108]. A existência dessa garantia constitui um dos pilares básicos da Convenção Americana e do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, conforme a Convenção[109].

196. Também, a Corte assinalou que para que o Estado cumpra o disposto no artigo 25 da Convenção não basta que os recursos existam formalmente, sendo necessário que tenham efetividade, nos termos daquele preceito[110]. A Corte reiterou que tal obrigação implica que o recurso seja idôneo para combater a violação, e que seja efetiva sua aplicação pela autoridade competente[111].

197. Pelo exposto, este Tribunal deve determinar se o Estado incorreu em violações aos direitos reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação com o artigo 1.1 desse tratado. Para tanto, a Corte estabeleceu que "[o] esclarecimento quanto à violação ou não pelo Estado, de suas obrigações internacionais em virtude das atuações de seus órgãos judiciais, pode conduzir a que o Tribunal deva examinar os respectivos processos internos"[112].

198. Por tal motivo, a Corte examinará as alegações relativas ao 1) mandado de segurança, assim como as ações ante as jurisdições 2) penal, 3) administrativa e 4) civil, à luz dos padrões estabelecidos na Convenção Americana, para determinar a existência de violações das garantias judiciais e do direito à proteção judicial no marco nesses procedimentos internos.

1) Mandado de Segurança

199. Quanto à alegada falta de um recurso judicial efetivo para a tutela do direito à privacidade das vítimas, a Corte constatou que o mandado de segurança era o recurso idôneo para esse fim (*supra* par. 36). Entretanto, quando as vítimas o interpuseram as interceptações telefônicas já haviam cessado e a divulgação das conversas havia acontecido (*supra* pars. 37, 94 e 97). Dessa maneira, o mandado de

142; e Caso Ticona Estrada e outros, *supra* nota 170, par. 78.

[107] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 177; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 146; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 101.

[108] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 177; Caso Ticona Estrada e outros, *supra* nota 170, par. 84; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 146.

[109] Cf. Caso Castillo Páez Vs. Peru. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C n° 34, par. 82; Caso Castañeda Gutman, *supra* nota 9, par. 78; e Caso Bayarri, *supra* nota 15, par. 102.

[110] Cf. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Exceção Preliminar. Sentença de 30 de novembro de 2005. Série C n° 139, par. 4; Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n° 151, par. 131; e Caso Castañeda Gutman, *supra* nota 9, par. 78.

[111] Cf. Caso Acosta Calderon Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C n° 129, par. 93; Caso López Alvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1° de fevereiro de 2006. Série C n° 141, par. 139; e Caso Claude Reyes e outros, *supra* nota 175, par. 131.

[112] Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros), *supra* nota 28, par. 222; Caso Heliodoro Portugal, *supra* nota 170, par. 126; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 145.

segurança não era capaz de produzir o resultado pretendido no caso concreto, não por uma circunstância atribuível ao Estado ou às vítimas, mas por que os fatos que se reputavam violatórios haviam cessado. Por outro lado, o pedido de destruição das fitas contido no mandado de segurança não resultava uma medida adequada para cessar ou remediar a interceptação e divulgação ocorridas, mas sim se dirigiam a prevenir novas divulgações no futuro (*supra* par. 38), pelo que sua análise não forma parte do mérito do presente caso. Ademais, a Corte constata que existiriam no direito interno recursos que poderiam resultar na destruição das fitas, os quais não foram utilizados no presente caso (*supra* par. 37). Pelo anterior, o Tribunal não encontra evidência de que houve uma violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana a esse respeito.

2) Jurisdição Penal

200. Com fulcro nos fatos e na prova obrante do expediente, depreende-se que a Investigação Criminal n° 82.516-5 originou-se de uma denúncia contra o ex-secretário de segurança, a juíza Khater, o coronel Kretschmer, o major Neves e o sargento Silva, pelo possível cometimento dos delitos de usurpação da função pública, interceptação telefônica ilegal, divulgação de segredo de justiça e abuso de autoridade. Tal investigação culminou no acórdão n° 4745 do Órgão Especial Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que determinou o arquivamento da investigação contra tais funcionários públicos quanto à interceptação telefônica, e o envio dos autos a um juízo de primeira instância para análise da conduta do ex-secretário de segurança, em relação à divulgação dos diálogos interceptados (*supra* par. 105).

201. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná determinou que o "mero requerimento de escuta telefônica não tem o condão de configurar [...] ilícito penal, razão pela qual não lobrigo como típicas as condutas dos policiais militares implicados"[113]. Sobre a atuação da juíza Khater, considerou que "[não] obstante os equívocos incorridos pela magistrada, configuradores, numa primeira análise, de faltas funcionais"[114], não se demonstrou que tenha atuado com dolo, motivo pelo qual tampouco lhe foi atribuído o cometimento de ilícito penal. Finalmente, sobre a atuação do ex-secretário de segurança, estimou que "[sua] situação é outra, pois demonstrado está que ele, em entrevista coletiva, efetivamente, divulgou os termos dos diálogos interceptados, tendo, inclusive, determinado a distribuição de farto material a respeito"[115].

202. A Corte aprecia, a partir da prova juntada aos autos, que durante a referida investigação criminal foram tomados os depoimentos dos supostos responsáveis, assim como dos denunciantes e de outras pessoas. Com base nessas

[113] Cf. Acórdão n° 4745 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 6 de outubro de 2000, *supra* nota 27, folha 102.
[114] Cf. Acórdão n° 4745 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 6 de outubro de 2000, *supra* nota 27, folha 104.
[115] Cf. Acórdão n° 4745 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 6 de outubro de 2000, *supra* nota 27, folha 105.

declarações e nas considerações de direito antes mencionadas (*supra* par. 201), o Tribunal de Justiça estimou que a única conduta passível de persecução penal era aquela realizada pelo ex-secretário de segurança. Com base no acervo probatório, o Tribunal não conta, no que tange a essa primeira fase do procedimento criminal, com elementos para analisar uma possível violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma.

203. Conforme ordenado por aquele tribunal, iniciou-se a ação penal contra o ex-secretário de segurança pela suposta divulgação das conversas telefônicas interceptadas, e tal funcionário foi condenado em primeira instância, mediante sentença da Segunda Vara Criminal de Curitiba. Não obstante, em sede de apelação, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça decidiu reverter a condenação e absolvê-lo (*supra* par. 106), sob o argumento de que "o [ex-secretário de segurança] não quebrou o sigilo dos dados obtidos pela interceptação telefônica, vez que não se pode quebrar [...] o sigilo de dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão, em programa noticioso de grande audiência"[116].

204. O Tribunal já indicou que o ex-secretário de segurança, sem autorização judicial, expôs o áudio das gravações a outras pessoas e distribuiu fragmentos impressos das conversas, bem como poderia ter divulgado novas partes das gravações (*supra* pars. 95 e 156). Apesar das divergências entre as declarações do ex-secretário de segurança e dos três jornalistas convocados a prestar depoimento sobre o ocorrido na coletiva de imprensa, particularmente quanto à distribuição de trechos transcritos de algumas conversas interceptadas e à reprodução do áudio das gravações durante o mencionado evento, não se buscaram outras provas que pudessem esclarecer os fatos. Vinculado a isso, tampouco se solicitaram aos respectivos canais de televisão as fitas com as reportagens exibidas no Jornal Nacional nos dias 7 e 8 de junho de 1999, nem a gravação da coletiva de imprensa desse último dia. Assim, a Corte nota que a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concluiu que o ex-secretário não divulgou novos trechos da conversa telefônica, sem ter essa prova nem comparar o material exposto em ambas as divulgações[117].

205. Além disso, o Tribunal observa que o Estado não procedeu a outras diligências investigativas que pudessem determinar a responsabilidade pela primeira divulgação do material gravado, qual seja, a entrega das fitas ao canal de televisão. Apesar de o aduzido na sentença do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quanto aos indícios sobre a autoria da entrega das fitas gravadas à imprensa, cuja suspeita recaía particularmente sobre um policial militar, não foram realizadas diligências para esclarecer os fatos e, se fosse o caso, sancionar aos responsáveis, a

[116] Acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 14 de outubro de 2004, *supra* nota 27, folha 114.
[117] Cf. Autos da Apelação Penal n° 153.894-1 (Expediente de anexos à contestação da demanda, Tomos II a IV, Anexo 18, Volumes 1 a 3, folhas 2289 a 2928), e Acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 14 de outubro de 2004, *supra* nota 27, folhas 109 a 114.

despeito do estabelecido no artigo 10 da Lei n° 9.296/96 e do fato de que o crime de quebra de segredo de justiça deveria ser investigado de ofício pelo Estado.

206. Ante o exposto, a Corte assinala que a falta de resposta estatal é um elemento determinante ao analisar se foram respeitados os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, pois tem relação direta com o princípio da efetividade e deve caracterizar o desenvolvimento de tais investigações[118]. No presente caso, as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência nem conforme com as previsões consagradas nos artigos mencionados concernentes ao dever de investigar (*infra* par. 214).

3) Procedimento Administrativo

207. Em 17 de novembro de 1999, iniciou-se um procedimento administrativo contra a juíza Khater que culminou na emissão da resolução de 28 de setembro de 2001 pela Corregedoria-Geral da Justiça (*supra* par. 110). Essa decisão dispôs que a "questão [das faltas administrativas nas quais teria incorrido a juíza Khater] já restou decidida pelo acórdão do [...] Órgão Especial (n.° 4745 - Investigação Criminal n.° 82.516-5 [...]) não havendo falta residual a apurar que dê ensejo à continuidade do procedimento disciplinar, o que exige o seu arquivamento"[119].

208. A Corte tem asseverado que a fundamentação "é a exteriorização da justificativa arrazoada que permite chegar a uma conclusão"[120]. Em termos gerais, o dever de motivar as resoluções é uma garantia vinculada com a correta administração, que confere credibilidade às decisões jurídicas, no marco de uma sociedade democrática[121]. O mesmo se pode afirmar no presente caso acerca da decisão administrativa sobre a responsabilidade funcional da juíza. A Corte indicou anteriormente que as disposições do artigo 8.1 se aplicam às decisões de órgãos administrativos, "[devendo estes] cumprir as garantias destinadas a assegurar que a decisão não seja arbitrária"[122] ; por isso, tais decisões devem estar devidamente fundamentadas.

209. O Tribunal considera que a Corregedoria-Geral da Justiça deveria ter motivado sua decisão quanto à ausência de faltas funcionais atribuídas à juíza Khater que se mencionavam na investigação penal da interceptação e gravação das conversas telefônicas, e não ter-se limitado a indicar os fatos que já haviam sido analisados pelo Tribunal de Justiça, quando precisamente esse tribunal determinou que a atuação da juíza não configurava delito penal, mas sim poderia constituir faltas

[118] Cf. Caso García Prieto e outros Vs. El Salvador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n° 168, par. 115; Caso Heliodoro Portugal, *supra* nota 170, par. 157; e Caso Ticona Estrada e outros, *supra* nota 170, par. 95.
[119] Cf. Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de 28 de setembro de 2001, *supra* nota 108, folha 3195.
[120] Cf. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n° 170, par. 107; Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo"), *supra* nota 136, par. 77; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 152.
[121] Cf. Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo"), *supra* nota 136, par. 77, e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 152.
[122] Cf. Caso Claude Reyes e outros, *supra* nota 175, par. 119.

funcionais (*supra* par. 201). No caso de entender que não existiam tais faltas, como se infere da decisão, em vez de fazer uma remissão a um Tribunal cuja competência material era distinta e que tinha justamente determinado a necessidade de uma investigação administrativa, o órgão administrativo deveria estabelecer as razões pelas quais chegou a essa conclusão e, de ser o caso, analisar por que não houve responsabilidade da juíza Khater. Consequentemente, a Corte considera que o Estado descumpriu seu dever de motivar a decisão quanto à responsabilidade administrativa da interceptação e a gravação da conversa telefônica (*infra* par. 214).

210. Adicionalmente, a Corte não encontra evidência de que foram iniciados procedimentos com a finalidade de analisar a responsabilidade administrativa dos policiais militares e do ex-secretário de segurança pela interceptação e divulgação das conversas telefônicas.

4) Processos Civis

211. A Corte observa que a interposição das ações civis de indenização depende de iniciativa da parte interessada e que não consta no presente caso que os senhores Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni tenham interposto ações dessa natureza. Por essa razão, o Tribunal estima que não existe o pressuposto fático necessário para que se analise uma eventual violação às garantias judiciais e à proteção judicial a respeito das três vítimas no marco das ações civis.

212. Por outro lado, Arlei José Escher e Dalton Luciano de Vargas promoveram ações civis de indenização contra o Estado do Paraná, respectivamente, em 4 de maio de 2004 e em 15 de maio de 2007[123], ou seja, cinco e sete anos depois dos fatos.

213. A ação civil nº 48.598/07, promovida por Dalton Luciano de Vargas, foi julgada improcedente em primeira instância, uma vez que "a responsabilidade do Estado por ato judicial não ocorre somente em casos de erro judiciário [e] o juiz não pode ser responsabilizado pela interpretação que deu à norma ou pelo valor que atribuiu aos fatos, sob pena de prejudicar o funcionamento da Justiça e comprometer a independência do magistrado [...]. Dessa forma, inexiste dano a ser imputado ao [Estado]"[124]. O senhor Dalton Luciano de Vargas apelou dessa sentença. A apelação foi remetida para a apreciação do Tribunal de Justiça em 9 de junho de 2008. No que concerne à ação civil nº 431/04, proposta por Arlei José Escher, esta não foi julgada em primeira instância. Ambos os processos se encontram pendentes de uma sentença definitiva. Apesar disso, o Tribunal não conta com os respectivos autos processuais nem com outros elementos que pudessem demonstrar a falta de efetividade das ações civis e possíveis violações aos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

[123] Cf. Trâmite processual referente à ação civil de reparação de danos apresentada por Dalton Luciano de Vargas, *supra* nota 114, folha 2125; trâmite processual referente à ação civil de reparação de danos apresentada por Arlei José Escher, *supra* nota 114, folha 2127.
[124] Sentença da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba de 9 de agosto de 2007, *supra* nota 114, folha 1940.

214. Pelo anterior, o Tribunal não conta com elementos que demonstrem a existência de uma violação aos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana no que concerne ao mandado de segurança e às ações civis examinadas no presente caso (*supra* pars. 199 e 213). De outra feita, em relação aos processos e procedimentos penais e administrativos mencionados (*supra* pars. 204, 205 e 209), a Corte conclui que o Estado violou os direitos previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni.

X
ARTIGO 28 (CLÁUSULA FEDERAL)[125] EM RELAÇÃO COM OS ARTIGOS 1.1 E 2 DA CONVENÇÃO AMERICANA

215. A Comissão alegou que com fulcro no artigo 28 da Convenção "o Brasil deveria empenhar-se em que o Estado do Paraná adotasse as medidas destinadas a assegurar aos atingidos pela interceptação telefônica uma garantia que procurasse evitá-la. Do mesmo modo, deveria proporcionar-lhes os remédios idôneos para obter sua cessação, em caso de determinar-se posteriormente um devido processo legal cabível no caso". Desse artigo "decorre a obrigação do Governo Federal de tomar as medidas pertinentes para que as autoridades competentes dos estados da Federação, ou da União […] possam adotar as disposições para o cumprimento do referido tratado". A Comissão considerou que "foram insuficientes os esforços do [Brasil], seja de maneira direta, seja por meio do Governo Estadual, destinados a fazer cumprir a Convenção Americana". A obrigação de adotar medidas derivada do artigo 2 da Convenção é "reforçada e precisada, em virtude de sua estrutura federal, pelo artigo 28 do mesmo instrumento", disposições que interpretadas segundo o artigo 1.1 descartam "a possibilidade de o Estado invocar a complexidade de sua estrutura para eximir-se das obrigações por ele contraídas". A salvaguarda dos direitos previstos na Convenção "prescindem de qualquer referência à divisão interna de competências ou organização das entidades componentes de uma federação". As unidades federativas, como parte do Estado Federal, "encontram-se igualmente vinculadas pelo disposto nos tratados internacionais" ratificados por esse último. Concluiu que o artigo 28 da Convenção não pode ser interpretado de maneira que a obrigação contida na cláusula federal converta a proteção dos direitos humanos em uma decisão meramente discricionária, sujeita ao arbítrio de

[125] O Artigo 28 da Convenção Americana estabelece que:
1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.
2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. […]

cada um dos Estados Parte. Com base nessas considerações, solicitou à Corte que declare o descumprimento do artigo 28 da Convenção Americana.

216. Os representantes sustentaram argumentos similares e precisaram que durante o procedimento ante a Comissão, em uma reunião de trabalho celebrada em 11 de outubro de 2007, o Estado informou que "não conseguiu estabelecer contato com as autoridades do […] Paraná, e por isso, não seria possível trazer informações sobre o cumprimento das recomendações da Comissão". Agregaram que no escrito de 21 de setembro de 2007 apresentado à Comissão, o Estado assinalou entre outras considerações que "reconhec[ia] ter enfrentado dificuldades no tratamento de [determinadas reparações ordenadas pela Comissão], tendo sido solicitado ao Estado do Paraná a designação de interlocutor específico para avançar a discussão sobre o cumprimento dessa[s] recomendaç[ões]. Além disso, estuda[vam]-se outras formas de sensibilizar o Governo do Paraná a dialogar sobre as formas possíveis de reparação". Adicionalmente, sustentaram que o Estado manifestou que "é importante salientar o empenho do Governo Federal em envolver os Estados federados no cumprimento de todas as recomendações, [...] de modo a promover o compromisso e responsabilidade de todos os entes para com o sistema interamericano. Esse esforço de convencimento é um trabalho permanente e que, por vezes, demanda maior tempo de maturação, tal como o caso em tela". Por último, alegaram que essa postura do Estado se manteve, inclusive, nos momentos anteriormente à realização da audiência pública ante este Tribunal e mencionaram um episódio ocorrido no trâmite para a obtenção do passaporte da vítima que declarou ante a Corte, fato que, segundo os representantes, evidenciaria um desinteresse do ente federal em atuar positivamente para solucionar o problema, e a inexistência de coordenação entre os entes federal e estadual. Concluíram que o Estado, com base na sua estrutura federal "tenta reiteradamente se eximir de sua responsabilidade internacional por violações [aos] direitos humanos".

217. O Estado afirmou que o artigo 28 da Convenção Americana configura apenas uma regra de interpretação e aplicação da mesma e, portanto, nenhuma suposta violação a tal artigo poderia ser objeto de exame pela Corte. As alusões às dificuldades de comunicação interna tiveram como objetivo explicar as razões do descumprimento imediato de todas as recomendações do Relatório de Mérito da Comissão. Tal manifestação do Estado foi uma demonstração de sua boa-fé e de transparência, erroneamente avaliada como violação pela Comissão e pelos representantes das vítimas. Inobstante, as referidas manifestações não impediram que o Estado cumprisse parcialmente as recomendações da Comissão, contando com a colaboração de diversas autoridades do Estado do Paraná. Por isso, o Estado "repudia o uso das declarações proferidas por ocasião da reunião de trabalho como argumento para demonstrar o descumprimento da cláusula federal". Recordou que a reunião de trabalho mencionada não havia sido previamente acordada e foi realizada, em caráter extraordinário, a pedido da Comissão, para a qual o Brasil "não [teve] a oportunidade [...] de preparar-se [...] e a aceitação de sua realização deu-se apenas em razão da boa-fé do Estado, [que] não esperava [que] essa atitude de

colaboração fosse utilizada de forma maliciosa pelos peticionários". O Estado está consciente de seus compromissos com o Sistema Interamericano e em nenhum momento tentou eximir-se do cumprimento das recomendações da Comissão.

218. Conforme já estabelecido (*supra* par. 26), a Corte Interamericana tem competência para interpretar e aplicar as disposições da Convenção Americana, não só as que reconhecem direitos específicos, senão também as que estabelecem obrigações de caráter geral; como as que derivam dos artigos 1 e 2 do tratado, habitualmente interpretadas e aplicadas pelo Tribunal, assim como outras disposições, dentre as quais figuram as normas de interpretação previstas no artigo 29 do mesmo instrumento.

219. No que concerne à denominada "cláusula federal", estabelecida no artigo 28 da Convenção Americana, em ocasiões anteriores a Corte teve a oportunidade de referir-se ao alcance das obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados federais. Em sua competência contenciosa, o Tribunal estabeleceu claramente que "segundo jurisprudência centenária e que não variou até agora, um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional"[126]. Essa questão também foi abordada em sua competência consultiva, estabelecendo que "as disposições internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, [...] devem ser respeitadas pelos Estados americanos Partes nas respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária"[127]. De tal maneira, a Corte considera que os Estados Partes devem assegurar o respeito e a garantia de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana a todas as pessoas sob sua jurisdição, sem limitação nem exceção alguma com base na referida organização interna. O sistema normativo e as práticas das entidades que formam um Estado federal Parte da Convenção devem estar conformes com a Convenção Americana.

220. A Corte estima que a alegação sobre a eventual inobservância das obrigações emanadas do artigo 28 da Convenção deve referir-se a um fato com valor suficiente para ser considerado como um verdadeiro descumprimento. No presente caso, a manifestação do Estado em uma reunião de trabalho, que nem sequer estaria programada com antecedência, e em um de seus escritos, sobre dificuldades na comunicação com uma entidade componente do estado federal, não significa nem acarreta, por si mesma um descumprimento à norma supracitada. A Corte adverte que no trâmite ante a mesma, o Estado não apresentou sua estrutura federal como escusa para descumprir uma obrigação internacional. Segundo

[126] *Cf. Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*. *Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C n° 39, par. 46.
[127] *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1° de outubro de 1999. Série A n° 16, par. 140. Em medidas provisórias, o Tribunal se pronunciou em sentido similar: "Brasil é um Estado federal e [...] a Penitenciária Urso Branco se localiza numa de suas unidades federativas, o que, no entanto, não exime o Estado do cumprimento de suas obrigações de proteção. [...] O Estado deve organizar-se internamente e adotar as providências que se façam necessárias, segundo sua organização político-administrativa, para cumprir essas medidas provisórias". Assunto da Penitenciária Urso Branco. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2 de maio 2008, Considerando décimo quarto.

afirmado pelo Estado, e não contestado pela Comissão nem pelos representantes, essas expressões constituíram uma explicação sobre a marcha da implementação das recomendações do Relatório de Mérito da Comissão. Esse é o sentido que se depreende, inclusive, das transcrições que os representantes realizaram acerca das manifestações do Estado[128]. Com base no anterior, o Tribunal não constata que o Estado tenha descumprido as obrigações emergentes do artigo 28 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1 e 2 do mesmo tratado.

XI
REPARAÇÕES
(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)[129]

221. É um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente[130]. Essa obrigação de reparar se regula em todos os aspectos pelo Direito Internacional[131]. Em suas decisões, a Corte tem-se baseado no artigo 63.1 da Convenção Americana.

222. De acordo com as considerações sobre o mérito e as violações à Convenção declaradas nos capítulos correspondentes, assim como em virtude dos critérios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal quanto à natureza e ao alcance da obrigação de reparar[132], a Corte passará a analisar tanto as pretensões elencadas pela Comissão e pelos representantes, como os argumentos do Estado a esse respeito, com o objetivo de estabelecer as medidas tendentes a reparar as mencionadas violações.

A) Partes Lesionadas

223. O Tribunal reitera que se considera parte lesionada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a quem foi declarado vítima da violação de algum direito consagrado na mesma. Nesse sentido, o Tribunal negou a solicitação de ampliação do número de supostas vítimas formulada pelos representantes, já que estas não foram mencionadas no escrito de demanda da Comissão (*supra* par. 82). Em relação ao senhor Eduardo Aghinoni, a Corte estimou que este não tinha sofrido violação a seus direitos com base nos fatos ocorridos posteriormente à sua morte (*supra* par. 83). Ao analisar o mérito do caso, a Corte determinou que o Estado violou os

[128] Cf. Escrito de alegações finais dos representantes (Expediente de mérito, Tomo IV, folhas 1767 e 1768).
[129] O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe que:
Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.
[130] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, par. 25; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 404; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 156.
[131] Cf. Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Mérito. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C nº 11, par. 44; Caso Ríos e outros, *supra* nota 18, par. 395; e Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 404.
[132] Cf. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, pars. 25 a 27; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 406; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 157.

direitos humanos dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni (*supra* pars. 146, 164, 180 e 214), a quem, consequentemente, considera como "partes lesionadas" e beneficiários das reparações que ordena a seguir.

B) Indenizações

i) Dano Material

224. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e os pressupostos nos quais corresponde indenizar[133].

225. A Comissão estabeleceu os princípios gerais sobre a matéria e destacou que "as vítimas envidaram grandes esforços econômicos a fim conseguir justiça no âmbito doméstico" e superar as consequências que as ações do Estado lhes ocasionaram. Ademais, requereu que, sem prejuízo das pretensões que expusessem os representantes, o Tribunal fixe em equidade a quantia da indenização por lucro cessante e por dano emergente.

226. Os representantes, em seu escrito de alegações finais, consideraram que as vítimas sofreram perseguições e foram impedidas de exercer livremente suas atividades profissionais como pequenos produtores rurais e membros das cooperativas por aproximadamente cinco anos. Tendo em vista que a principal atividade da COANA e da ADECON era o cultivo e comercialização de arroz, os representantes indicaram que o preço médio de uma saca de 60kg (sessenta quilogramas) de arroz na região sul do Brasil equivale a US$ 25,00 (vinte e cinco dólares dos Estados Unidos da América), e que a produção anual de um pequeno agricultor corresponde a 2.100 sacas de arroz. Em consequência, os representantes calcularam que a renda bruta anual de um pequeno agricultor, como são as vítimas do presente caso, corresponde a US$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América), razão pela qual cada uma delas deveria receber a título de indenização por danos materiais a quantia de US$ 262.500,00 (duzentos e sessenta e dois mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América). Os representantes manifestaram que caso a Corte reconheça como vítimas somente as pessoas mencionadas pela Comissão em sua demanda, deve ordenar, além da reparação material individual de cada uma das vítimas, a constituição de um fundo a ser administrado por COANA e ADECON "tendo em vista o forte caráter coletivo das violações e perseguições sofridas".

227. O Estado alegou que nem a Comissão nem os representantes demonstraram a ocorrência de prejuízos materiais, seja na forma de lucros cessantes ou de danos emergentes, nem "apresentaram comprovantes de danos ou gastos incorridos". Ademais, sobre o alegado lucro cessante, resultado de possíveis

[133] Este Tribunal tem estabelecido que o dano material supõe "a perda ou depreciação dos ingressos das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso". Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C nº 91, par. 43; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 405; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 162.

violações aos artigos 8 e 25 da Convenção, asseverou que "eventuais deficiências de administração de justiça não teriam o condão de diminuir os ingressos econômicos das supostas vítimas; tampouco o alegado descumprimento das obrigações previstas nos artigos 1.1, 2 e 28 [da Convenção] pode ser considerado fato gerador de lucros cessantes, visto que se trata de obrigações genéricas" e precisou, relativamente aos artigos 11 e 16 da Convenção Americana, que "eventuais falhas na concessão da autorização [judicial para a interceptação e gravação das conversas telefônicas] não deram causa à diminuição dos ingressos econômicos das supostas vítimas". Finalmente, quanto aos danos emergentes, sustentou que o processo criminal é impulsionado pelo Ministério Público e, nesse sentido, as investigações e o processo penal são custeados pelo Estado. No que se refere às ações cíveis interpostas por algumas das vítimas, assinalou que tais pessoas foram beneficiárias de gratuidade de justiça. Por conseguinte, estimou que em nenhuma das hipóteses existiria a necessidade de reparação por danos emergentes.

228. A Corte observa que não obstante as alegações dos representantes e a declaração de uma vítima no sentido de que a divulgação do conteúdo das conversas gravadas implicou graves prejuízos econômicos para COANA e ADECON e uma redução da renda das vítimas, não foram aportadas aos autos provas documentais ou outras a fim de demonstrar o dano material alegado. Igualmente, outras vítimas e uma testemunha não indicaram de maneira consistente em suas declarações apresentadas ante este Tribunal que as associações tenham sofrido prejuízos econômicos como os mencionados (*supra* par. 179). Portanto, este Tribunal não fixará uma indenização por conceito de dano material pelos supostos ingressos não percebidos relativos à atividade laboral das vítimas, devido à falta de elementos que comprovem que as essas perdas realmente ocorreram e, eventualmente, quais teriam sido.

ii) Dano Imaterial

229. A Corte desenvolveu o conceito de dano imaterial e os pressupostos nos quais corresponde indenizar[134].

230. A Comissão afirmou que as vítimas "passaram por sofrimento psicológico, angústia, incerteza e mudanças pessoais, em virtude da intromissão indevida em sua vida privada e em sua correspondência, da divulgação arbitrária de suas conversas e comunicações, da denegação de justiça pelos fatos de que foram vítimas, apesar de se encontrarem os autores plenamente identificados, e das consequências, pessoais e profissionais, desses fatos". Solicitou à Corte que fixe em equidade a quantia da indenização por danos imateriais. Sem prejuízo do anterior, indicou que os representantes estavam em melhor posição para quantificar suas pretensões quanto às quantias compensatórias.

[134] Este Tribunal tem afirmado que o dano imaterial "pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e aos que lhe são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e outras perturbações que não são suscetíveis de medição pecuniária". Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros), *supra* nota 28, par. 84; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 405; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 179.

231. Os representantes, em seu escrito de petições e argumentos, expressaram que o dano imaterial deriva da intromissão na vida privada das vítimas e posterior divulgação do material obtido através das interceptações telefônicas ilegais, os quais seriam atos estatais que buscavam "criminalizar o movimento social [...], na tentativa de imputar aos seus membros [a autoria] de atos ilegais". Como consequência, tais atos produziram ansiedade e medo nas vítimas, e um ambiente de perseguição contra os segmentos sociais aos quais pertencem. Finalmente, agregaram que as vítimas também sofrem pela falta de uma devida investigação das alegadas perseguições. No escrito de alegações finais, os representantes precisaram que correspondia a cada vítima, a título de indenização por danos imateriais, a quantia de US$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América).

232. O Estado afirmou que, em que pesem os alegados danos morais e psíquicos às vítimas, não foram apresentados critérios nem elementos para a análise e comprovação dos mesmos. Considerou que uma reparação simbólica constituiria uma forma de satisfação imaterial, sem que fosse necessário um pagamento pecuniário. No entanto, caso esse não fosse o entendimento da Corte, o Estado observou que o Tribunal deve considerar, ao determinar a indenização por danos imateriais, o fato de que as vítimas nem sequer foram mencionadas na divulgação das conversas gravadas na imprensa.

233. Este Tribunal estabeleceu reiteradamente que uma sentença declaratória da existência de violação constitui, *per se,* uma forma de reparação[135]. Entretanto, considerando as circunstâncias do caso e as consequências que as violações cometidas puderam causar às vítimas, a Corte estima pertinente determinar o pagamento de uma compensação pelo conceito de danos imateriais, fixada equitativamente.

234. Para efeitos de fixação de indenização por dano imaterial, a Corte considera que foi violada a vida privada, a honra e a reputação dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni em virtude da interceptação, gravação e divulgação das conversas telefônicas (*supra* par. 146 e 164). Ademais, essas pessoas foram vítimas da violação aos direitos de associação, às garantias judiciais e à proteção judicial (*supra* pars. 180 e 214).

235. Pelo anterior, a Corte estima pertinente determinar o pagamento de uma compensação pelo conceito de danos imateriais na quantidade de US$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada vítima. O Estado deverá efetuar o pagamento dessa quantia diretamente aos beneficiários, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença.

C) Medidas de Satisfação e Garantias de não Repetição

236. Nesta seção, o Tribunal determinará as medidas de satisfação que

[135] Cf. Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C nº 29, par. 57; Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 413; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 184.

buscam reparar o dano imaterial e que não têm natureza pecuniária, e a dispor as medidas de alcance ou repercussão pública.

i) Obrigação de Publicar a Sentença

237. A Comissão solicitou a este Tribunal que ordene ao Estado a publicação da presente Sentença em um meio de circulação nacional como medida de satisfação das vítimas.

238. Nem os representantes nem o Estado apresentaram alegações específicas a respeito.

239. Como dispôs a Corte em outros casos[136], o Estado deverá publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, uma única vez, a página de rosto, os Capítulos I, VI a XI, sem as notas de rodapé, e a parte resolutiva da presente Sentença, como medida de satisfação. Adicionalmente, como foi ordenado pelo Tribunal em ocasiões anteriores[137], a presente Decisão deverá ser publicada integralmente em um sítio *web* oficial da União Federal e do Estado do Paraná. Para realizar essas publicações nos jornais e na internet, a Corte fixa os prazos de seis e dois meses, respectivamente, contados a partir da notificação da presente Sentença.

ii) Reconhecimento Público de Responsabilidade Internacional

240. A Comissão solicitou a este Tribunal que ordene ao Estado o reconhecimento público de sua responsabilidade internacional pelas violações aos direitos humanos das vítimas no presente caso.

241. Os representantes, em seu escrito de petições e argumentos, pediram que fosse realizado um ato de desagravo e pedido de desculpas nos mesmos meios e horários em que foram apresentadas as reportagens relacionadas com a divulgação das conversas interceptadas.

242. O Estado não apresentou alegações adicionais a esse respeito.

243. A Corte considera as características do presente caso e adverte que, usualmente, ainda que não exclusivamente, ordena como medida de reparação um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional com o objetivo de reparar violações aos direitos à vida, à integridade e à liberdade pessoais[138]. O Tribunal não estima que tal medida resulte necessária para reparar as violações constatadas no presente caso, pois a Sentença e sua publicação constituem por si mesmas importantes medidas de reparação.

[136] Cf. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C nº 87, Ponto Resolutivo quinto d); Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 415; e Caso Kawas Fernández, *supra* nota 35, par. 199.
[137] Cf. Caso das Irmãs Serrano Cruz, *supra* nota 60, par. 195, e Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n° 135, par. 252.
[138] Cf. Caso Castañeda Gutman, s*upra* nota 9, par. 239.

iii) Dever de Investigar, Julgar e, Se For o Caso, Sancionar os Responsáveis pelas Violações aos Direitos Humanos

244. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a realização de "uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer as responsabilidades civis e administrativas a respeito das interceptações telefônicas e das gravações [...] bem como de sua divulgação posterior". Afirmou que "uma reparação integral exige que o Estado investigue com devida diligência os fatos, com a finalidade de julgar e punir os responsáveis [dos mesmos]"; que "as vítimas deverão ter pleno acesso a todas as etapas e instâncias dessas investigações e capacidade de atuar em todas elas, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana", e que "o Estado [...] deverá assegurar o cumprimento efetivo da decisão que adotem os tribunais internos, em acatamento a essa obrigação, e o resultado do processo deverá ser publicamente divulgado, para que a sociedade brasileira conheça a verdade". Ademais, considerou que "enquanto o Estado não tiver cumprido com sua obrigação de investigar, acusar e castigar […] incorre em violação contínua do direito estabelecido no artigo 25 e na obrigação consagrada no artigo [1.1 da Convenção]". Sustentou que a cessação da violação se daria com a reparação adequada no presente caso.

245. Os representantes ratificaram as alegações da Comissão e agregaram que, inobstante haver transcorrido tempo suficiente para configurar a prescrição no âmbito administrativo, a decisão que absolveu a juíza Khater de sua responsabilidade funcional constituiu "coisa julgada fraudulenta" e, de acordo com a jurisprudência da Corte[139], nesses casos a decisão poderia ser revisada por determinação deste Tribunal.

246. O Estado afirmou que, além do procedimento administrativo instaurado ante a Corregedoria-Geral da Justiça a fim de averiguar a responsabilidade da juíza Khater, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça iniciou um novo processo com o mesmo propósito, razão pela qual sua responsabilidade funcional estaria amplamente analisada e não haveria omissão na atuação estatal. Além disso, de acordo com as leis brasileiras, a pretensão punitiva em questões administrativas prescreve em cinco anos, prazo já vencido. Com relação ao âmbito civil, o Estado argumentou que duas das vítimas promoveram ações de indenização e que uma delas já foi resolvida em primeira instância.

247. No presente caso, a Corte entendeu como comprovada a violação aos artigos 8 e 25 no concernente à investigação penal quanto à divulgação das conversas telefônicas, movida contra o ex-secretário de segurança (*supra* par. 204). Da mesma maneira, o Tribunal entendeu estar provado que o Estado não investigou a entrega e divulgação das fitas com as conversas gravadas a um meio de comunicação, nem estabeleceu as responsabilidades penais por esse fato (*supra* par. 205). No tocante à entrega e divulgação das fitas com as conversas gravadas,

[139] Nesse sentido, os representantes mencionaram o Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 154.

em conformidade com os critérios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal, o Estado deve investigar os fatos e atuar em consequência. Ademais, com relação às demais violações encontradas, a Corte considera que esta Sentença, sua publicação e a indenização por danos imateriais, são medidas suficientes de reparação.

iv) Formação dos Funcionários do Poder Judiciário e da Polícia

248. A Comissão solicitou a este Tribunal que ordene ao Estado a adoção de "medidas destinadas à formação dos funcionários da justiça e da polícia, relativamente aos limites de suas funções e investigações em cumprimento ao dever de respeitar o direito à privacidade".

249. Os representantes não apresentaram alegações adicionais sobre essa medida de reparação.

250. O Estado informou sobre a implementação de diversos cursos relativos a direitos humanos, com ênfase no direito à privacidade e à liberdade de associação, dirigidos a funcionários da administração, juízes e membros da polícia. Acrescentou que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através da Escola da Magistratura, assumiu o compromisso de incluir o tema dos direitos humanos, com destaque nos tópicos de liberdade de associação e direito à privacidade, nos cursos de formação para os magistrados. Igualmente, a Escola de Servidores de Justiça do Estado do Paraná, em cooperação com a Universidade do Estado do Paraná, elaborou um disco compacto que funciona como uma aula virtual sobre o tema "Estado e proteção dos direitos fundamentais", com ênfase nos direitos à privacidade, à honra e à imagem nos processos de investigação. A aula virtual foi enviada a todas as comarcas do Estado do Paraná e destinada a todos os servidores da justiça. Entre julho de 2006 e julho de 2008, o Departamento de Inteligência do Estado do Paraná, atualmente responsável pelo controle das interceptações das comunicações telefônicas autorizadas judicialmente, realizou capacitações sobre o tema, inclusive para magistrados. Finalmente, os cursos de formação da polícia civil e militar do Estado do Paraná contemplam em sua grade curricular disciplinas sobre direitos humanos; a Escola Superior da Polícia Civil realizou cursos de atualização em direitos humanos para 920 policiais civis entre 1997 e 1999, e a Polícia Militar desenvolveu um papel semelhante oferecendo 20 horas/aula da disciplina de direitos humanos e cidadania em cursos de formação e aperfeiçoamento para cabos e sargentos.

251. A Corte considera que a função de capacitação é uma maneira de brindar ao funcionário público novos conhecimentos, desenvolver suas capacidades, permitir sua especialização em determinadas áreas novas, preparar-lhes para desempenhar posições distintas, e adaptar suas capacidades para desempenhar melhor as tarefas designadas[140]. Este Tribunal valora positivamente o esforço do Estado para capacitar a seus agentes por meio de cursos tanto na Magistratura como na Polícia Civil e Militar, a fim de que seus funcionários respeitem os direitos

[140] Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2008, Considerando décimo nono.

humanos no cumprimento de suas funções. No entanto, a capacitação, como sistema de formação contínua, deve estender-se por um lapso temporal importante para cumprir os objetivos antes apontados, pelo que o Estado deve continuar desenvolvendo a formação e a capacitação dos funcionários da justiça e da polícia.

v) Revogação da Lei n° 15.662/07

252. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado revogar a Lei n° 15.662/07, que concedeu à juíza Khater o título de Cidadã Honorária do Estado do Paraná.

253. Nem a Comissão nem o Estado apresentou alegações adicionais a respeito.

254. A Corte é competente para ordenar a um Estado que deixe sem efeito uma lei interna quando seus termos sejam atentatórios aos direitos previstos na Convenção, e por isso, contrários ao artigo 2 do mesmo tratado, o que não foi alegado nem demonstrado pelos representantes no presente caso. Com base no exposto, o Tribunal não acolhe a solicitação formulada pelos representantes.

d) Custas e Gastos

255. Como já indicado pela Corte em oportunidades anteriores, as custas e os gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana[141].

256. A Comissão Interamericana solicitou a este Tribunal que ordene ao Estado "o pagamento de custas e gastos razoáveis e necessários devidamente provados, [...] originado[s] na tramitação deste caso tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano".

257. Os representantes, em seu escrito de alegações finais, requereram à Corte que ordene ao Estado pagar as custas da tramitação interna e internacional do caso por uma quantia de US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada vítima.

258. O Estado alegou que nenhum dos processos no âmbito interno gerou gastos para as vítimas, pois no civil estas eram beneficiárias de gratuidade de justiça, e na esfera penal os procedimentos não implicaram despesas, posto que foram levados adiante com o impulso estatal, independente da atividade dos particulares. Nesse sentido, asseverou que nem a Comissão nem os representantes apresentaram comprovantes de custas e gastos nos momentos processuais oportunos. O Estado negou a necessidade de um pagamento pelo conceito de custas e gastos.

259. O Tribunal tem afirmado que "as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões se atualizem em um

[141] Cf. Caso Garrido e Baigorria, *supra* nota 191, par. 79; Caso Ríos e outros, *supra* nota 18, par. 407; e Caso Perozo e outros, *supra* nota 18, par. 417.

momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que tenham incorrido em virtude do procedimento ante esta Corte"[142]. Os representantes não aportaram documentos que os comprovassem em seu escrito de petições e argumentos. Ademais, a Corte destaca que os representantes não refutaram as alegações do Estado quanto ao benefício de gratuidade de justiça, no âmbito interno. Além disso, da prova que consta nos autos se constata que as vítimas que interpuseram ações civis gozaram desse benefício[143]. Quanto aos processos penais e administrativos, a Corte adverte que foram impulsionados por órgãos estatais. No âmbito internacional, conforme os representantes, tampouco incorreram em gastos a título de assistência jurídica, visto que aqueles atuaram *pro bono*. No entanto, a Corte também aponta que os representantes das vítimas incorreram em gastos para assistir à audiência pública do caso celebrada na cidade do México D.F. Tendo em vista o anterior, a Corte determina, em equidade, que o Estado deve pagar a quantia de US$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) às vítimas, pelo conceito de custas e gastos. Esse montante inclui os gastos futuros em que possam incorrer as vítimas durante a supervisão de cumprimento desta Sentença e deverá ser entregue e distribuído em partes iguais, dentro de um ano, a partir da notificação da presente Sentença. As vítimas entregarão, se assim corresponde, a quantidade que estimem adequada a seus representantes no foro interno e no processo ante o Sistema Interamericano.

e) Modalidade de Cumprimento dos Pagamentos Ordenados

260. O pagamento da indenização por dano imaterial e a restituição de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença serão realizados diretamente às vítimas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, considerando o determinado nos parágrafos 235 e 259 da mesma. Em caso de falecimento com anterioridade ao pagamento das quantias respectivas, estas serão entregues aos seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.

261. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova Iorque no dia anterior ao pagamento.

262. Se por causas atribuíveis às vítimas não for possível o pagamento das quantidades determinadas dentro do prazo supracitado, o Estado consignará tal quantia a favor das vítimas em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira brasileira solvente, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se após dez anos o montante designado não tiver sido reclamado, o mesmo será devolvido ao Estado com os juros auferidos.

---

[142] Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez, *supra* nota 185, par. 275; Caso Ticona Estrada, *supra* nota 170, par. 180; e Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, par. 215.

[143] Cf. Trâmite processual referente à ação civil de reparação de danos apresentada por Arlei José Escher, *supra* nota 114, folha 2127, e Sentença da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba de 9 de agosto de 2007, *supra* nota 114, folha 1933.

263. As quantias designadas na presente Sentença sob os conceitos de dano imaterial e restituição de custas e gastos deverão ser entregues às vítimas integralmente, conforme estabelecido nesta Sentença, e não poderão ser afetadas ou condicionadas por motivos fiscais atuais ou futuros.

264. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente aos juros bancários de mora no Brasil.

265. Conforme a sua prática constante, à Corte se reserva à faculdade, inerente às suas atribuições e derivada ademais do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar a execução integral da presente Sentença. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado total cumprimento ao disposto na presente Sentença. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

XII
PONTOS RESOLUTIVOS

Portanto, **A CORTE DECIDE,**

por unanimidade:

1. Rechaçar as exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 11 a 53 da presente Sentença.

DECLARA,

por unanimidade, que:

2. O Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas, nos termos dos parágrafos 125 a 146 e 150 a 164 da presente Sentença.

3. O Estado violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pelas alterações no exercício desse direito, nos termos dos parágrafos 169 a 180 da presente Sentença.

4. O Tribunal não conta com elementos que demonstrem a existência de uma violação aos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana no que concerne ao mandado de segurança e às ações civis examinadas no presente caso, nos termos dos parágrafos 199 e 211 a 213 desta Sentença. De outra feita, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma,

em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, a respeito da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança, nos termos dos parágrafos 200 a 204 da presente Sentença; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas, nos termos do parágrafo 205 da presente Sentença; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica, nos termos dos parágrafos 207 a 209 da presente Sentença.

5. O Estado não descumpriu a cláusula federal estabelecida no artigo 28 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, nos termos dos parágrafos 218 a 220 da presente Sentença.

E DISPÕE,

por unanimidade, que:

6. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

7. O Estado deve pagar aos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, o montante fixado no parágrafo 235 da presente Sentença a título de dano imaterial, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da mesma e conforme as modalidades especificadas nos parágrafos 260 a 264 desta Decisão.

8. O Estado deve publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, uma única vez, a página de rosto, os Capítulos I, VI a XI, sem as notas de rodapé, e a parte resolutiva da presente Sentença, bem como deve publicar de forma íntegra a presente Decisão em um sítio *web* oficial da União Federal e do Estado do Paraná. As publicações nos jornais e na internet deverão realizar-se nos prazos de seis e dois meses, respectivamente, contados a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 239 da mesma.

9. O Estado deve investigar os fatos que geraram as violações do presente caso, nos termos do parágrafo 247 da presente Sentença.

10. O Estado deve pagar o montante fixado no parágrafo 259 da presente Sentença por restituição de custas e gastos, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da mesma e conforme as modalidades especificadas nos parágrafos 260 a 264 desta Decisão.

11. A Corte supervisará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento dos seus deveres conforme a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumprir a mesma.

Os juízes Sergio García Ramírez e Roberto de Figueiredo Caldas levaram ao conhecimento da Corte, respectivamente, seus votos concordante e fundamentado, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol, português e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 6 de julho de 2009.

CECILIA MEDINA QUIROGA

Presidenta

DIEGO GARCÍA-SAYN
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
MANUEL VENTURA ROBLES

LEONARDO A. FRANCO
MARGARETTE MAY MACAULAY
RHADYS ABREU BLONDET

ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS

Juiz *Ad hoc*

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

CECILIA MEDINA QUIROGA

Presidenta

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL
SENTENÇA DE 20 DE NOVEMBRO DE 2009
(Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No caso *Escher e outros*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes[1]:

Presidente em exercício: Diego García-Sayán
Juiz: Sergio García Ramírez
Juiz: Manuel E. Ventura Robles
Juíza: Margarette May Macaulay
Juíza: Rhadys Abreu Blondet

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário; e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta;

conforme o artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante "a Convenção Americana" ou "a Convenção") e o artigo 59 do Regulamento da Corte (doravante "o Regulamento")[2], resolve a demanda de interpretação da Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas proferida pelo Tribunal em 06 de julho de 2009, no presente caso (doravante "a Sentença") interposta em 03 de novembro de 2009 pelos representantes das vítimas (doravante "os representantes").

---

[1] Os juízes Cecilia Medina Quiroga e Leonardo A. Franco informaram à Corte que, por razões de força maior, não podiam participar da deliberação e assinatura da presente Sentença de Interpretação. Por esse motivo, a Juíza Medina Quiroga cedeu a Presidência nos termos do artigo 4.3 do Regulamento ao Vice-presidente do Tribunal, Juiz García-Sayán, Presidente em exercício para o presente caso. Além disso, o Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, por razões alheias à sua pessoa, embora não tenha participado da deliberação e assinatura da presente Sentença de Interpretação, foi consultado pelo pleno da Corte por meio de uma teleconferência e por escrito, expressando sua concordância com o texto da mesma.

[2] Conforme disposto no artigo 72.2 do Regulamento da Corte Interamericana vigente, cujas últimas reformas entraram em vigor em 24 de março de 2009, "[o]s casos em curso continuarão tramitando conforme este regulamento, com exceção de aqueles casos em que se tenha convocado a audiência no momento de entrada em vigor do presente Regulamento, os quais seguirão tramitando conforme as disposições do Regulamento anterior". Desse modo, o Regulamento da Corte mencionado na presente Sentença de Interpretação corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 04 de dezembro de 2003.

I
INTRODUÇÃO DA DEMANDA DE INTERPRETAÇÃO E PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

1. Em 06 de julho de 2009, a Corte proferiu a Sentença, da qual foram notificadas as partes em 06 de agosto de 2009.

2. Em 03 de novembro de 2009, os representantes apresentaram uma demanda de interpretação, conforme os artigos 67 da Convenção e 59 do Regulamento, a qual "se refere às violações aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana" declaradas na Sentença. Solicitaram ao Tribunal que interpretasse o ponto resolutivo nono de tal Decisão e, especificamente, esclarecesse se o dever de investigar ali previsto se estendia: i) à investigação administrativa relativa à juíza que autorizou a interceptação telefônica; ii) à investigação administrativa referente aos policiais militares e ao ex-secretário de segurança pela interceptação e divulgação das conversas; e iii) ao processamento judicial dessas condutas, com a devida atribuição de responsabilidade penal.

3. Em 09 de novembro de 2009, conforme disposto no artigo 59.2 do Regulamento e seguindo instruções da Presidente do Tribunal, a Secretaria da Corte transmitiu uma cópia da demanda de interpretação à República Federativa do Brasil (doravante "o Estado" ou "o Brasil") e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão"). Além disso, informou que, "devido à natureza e teor da demanda de interpretação", a Comissão Interamericana e o Estado poderiam apresentar as alegações escritas que julgassem pertinentes até o dia 16 de novembro de 2009.

4. Em 16 de novembro de 2009, o Estado apresentou suas alegações escritas e solicitou ao Tribunal que declarasse inadmissível a demanda de interpretação. A seu juízo tratava-se de uma "tentativa [dos representantes] de obter alteração substancial do conteúdo da [S]entença [e] ampliar o escopo condenatório". Subsidiariamente, o Brasil requereu que, se a demanda fosse admitida, o Tribunal a considerasse improcedente, uma vez que: i) não existia divergência alguma acerca do sentido ou alcance do ponto resolutivo nono da Sentença; e ii) a eventual alteração do conteúdo da Decisão implicaria a revisão dos fatos sobre os quais já existia coisa julgada material e a vulneração do princípio *ne bis in idem*.

5. Ainda em 16 de novembro de 2009, a Comissão apresentou suas alegações escritas sobre a demanda dos representantes e sustentou que a interpretação da Sentença era desnecessária, pois o alcance e o conteúdo da obrigação de investigar como medida de reparação estavam discriminados no parágrafo 247 da Sentença.

II
COMPETÊNCIA E COMPOSIÇÃO DA CORTE

6. O artigo 67 da Convenção estabelece que:

> A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

7. Consoante o artigo citado, a Corte é competente para interpretar suas decisões. Para realizar o exame da demanda de interpretação e resolver o que corresponda a esse respeito, o Tribunal deve conservar, se possível, a mesma composição que tinha ao ditar a Sentença respectiva, de acordo com o artigo 59.3 do Regulamento. Nesta ocasião, a Corte está integrada pelos juízes que ditaram a Sentença cuja interpretação foi solicitada pelos representantes, ressalvada a alteração mencionada[3].

III
ADMISSIBILIDADE

8. Cabe à Corte verificar se a demanda de interpretação cumpre os requisitos estabelecidos nas normas aplicáveis, a saber, o artigo 67 da Convenção, anteriormente citado, e o artigo 59 do Regulamento que dispõe, quanto à matéria em exame, que:

> 1. O pedido de interpretação a que se refere o artigo 67 da Convenção poderá ser formulado em relação às sentenças de mérito ou de reparações e se apresentará na Secretaria da Corte, cabendo nela indicar com precisão as questões relativas ao sentido ou ao alcance da sentença cuja interpretação é solicitada.
>
> [...]
>
> 4. O pedido de interpretação não exercerá efeito suspensivo sobre a execução da sentença.
>
> 5. A Corte determinará o procedimento a ser seguido e decidirá mediante sentença.

9. Além disso, o artigo 29.3 do Regulamento estabelece que "contra as sentenças e resoluções da Corte não procede nenhum meio de impugnação".

10. A Corte observa que os representantes interpuseram a demanda de interpretação no prazo estabelecido no artigo 67 da Convenção, uma vez que a mesma foi apresentada no dia 03 de novembro de 2009 e as partes foram notificadas da Sentença em 06 de agosto de 2009.

[3] *Cf. supra* nota 1.

11. Ademais, tal como vem dispondo este Tribunal em sua jurisprudência constante, claramente fundada no ordenamento aplicável, uma demanda de interpretação de sentença não deve ser utilizada como meio de impugnação da decisão cuja interpretação se solicita. Essa demanda tem como objeto, exclusivamente, deslindar o sentido de uma decisão quando alguma das partes sustenta que o texto de seus pontos resolutivos ou de suas considerações carece de claridade ou precisão, sempre e quando essas considerações incidam na mencionada parte resolutiva. Portanto, não se pode pedir a modificação ou anulação da sentença respectiva através de uma demanda de interpretação[4]. Da mesma maneira, por essa via, tampouco se pode intentar que se amplie o alcance de uma medida de reparação ordenada oportunamente.

12. Em razão disso, a Corte tem estabelecido que a demanda de interpretação de sentença não pode abordar questões de fato e de direito que já foram alegadas em sua oportunidade processual e sobre as quais o Tribunal tenha adotado uma decisão[5].

13. A Corte procederá à análise da demanda de interpretação apresentada pelos representantes e, conforme o caso, ao esclarecimento do alcance do ponto resolutivo nono da Sentença. Para tanto, examinará as questões alegadas pelos representantes, bem como as observações da Comissão Interamericana e do Estado.

IV
ALCANCE DO PONTO RESOLUTIVO NONO DA SENTENÇA

14. Os representantes solicitaram à Corte Interamericana que interpretasse o ponto resolutivo nono da Sentença, o qual estabelece que "[o] Estado deve investigar os fatos que geraram as violações do [...] caso, nos termos do parágrafo 247 da [...] Sentença" com o fim de esclarecer o seguinte:

> a) Considerando que a Corte, nos parágrafos 208 e 209 [da Sentença], afirmou que o Estado descumpriu seu dever de motivar a decisão quanto à responsabilidade administrativa da juíza Elisabeth Khater e por isso violou as garantias judiciais, se o determinado pelo Tribunal no [ponto resolutivo nono] da Sentença aplica-se ao procedimento em questão;

[4] *Cf. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 08 de março de 1998. Série C Nº. 47, par. 16; *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07 de julho de 2009. Série C Nº. 201, par. 8; e *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia*. Interpretação da Sentença Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01 de julho de 2009. Série C Nº. 199, par. 7.

[5] *Cf. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Sentença de 03 de junho de 1999. Série C Nº. 53, par. 15; *Caso do Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de agosto de 2008. Série C Nº. 181, par. 26; e *Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2008. Série C Nº. 176, par. 11.

> b) Considerando que a Corte, no parágrafo 210 [da Sentença], afirmou inexistirem procedimentos administrativos para analisar a responsabilidade administrativa dos policiais militares e [do] ex-secretário [de Segurança] pela interceptação e divulgação das conversas telefônicas; se o determinado pelo Tribunal no [ponto resolutivo nono] da [S]entença aplica-se aos procedimentos administrativos em questão;
>
> c) Por fim, se o determinado pela Corte no [ponto resolutivo nono] da [S]entença refere-se não somente às investigações mencionadas, mas também ao devido processamento no âmbito judicial, com as devidas responsabilizações penais.

15. A Comissão afirmou que "os parágrafos [204, 205 e 247] estabelecem o alcance do ponto resolutivo nono no que se refere à falta de investigação penal pela divulgação das gravações que continham conversas telefônicas e que gerou a subsequente obrigação internacional de investigar como medida de reparação, apesar deste não ser o único fato que gerou violações no presente caso". Manifestou que a referência explícita ao parágrafo 247 estabelece o alcance e o conteúdo da obrigação de investigar ordenada como medida de reparação, razão pela qual considerou desnecessária a interpretação da Sentença.

16. O Estado solicitou à Corte que declarasse inadmissível a demanda por não cumprir com os requisitos previstos nos artigos 67 da Convenção e 29.3 e 59.1 do Regulamento. Afirmou que se trata de uma tentativa dos representantes de reformar o conteúdo da Sentença e a admissão da demanda poderia conduzir ao estabelecimento de três novas obrigações para o Estado. Adicionalmente, quanto ao mérito da demanda, afirmou que não há nenhuma imprecisão ou divergência na Decisão, haja visto que o ponto resolutivo nono não deixa dúvidas quanto ao sentido ou alcance da obrigação aí reconhecida. Alegou que dito ponto resolutivo relaciona o conteúdo da obrigação ao parágrafo 247, o qual estabelece os fatos que devem ser investigados e determina que, com relação às demais violações encontradas, a Sentença, sua publicação e a indenização pelos danos imateriais eram medidas suficientes de reparação. Adicionalmente, ressaltou que a eventual alteração do conteúdo da Sentença, no sentido de ordenar a investigação dos fatos mencionados em seus parágrafos 208, 209 e 210, levaria o Estado a incorrer em *bis in idem*. Isso em virtude de que "a juíza [...] que autorizou as gravações (referente aos parágrafos 208 e 209 da Sentença), o ex-secretário de segurança e os policiais (referente ao parágrafo 210 da Sentença) foram devidamente processados judicialmente, [existindo] coisa julgada material" a seu respeito. Pelo anterior, concluiu que a demanda deve ser considerada improcedente pela Corte.

17. O Tribunal considera que o alcance e o conteúdo do ponto resolutivo nono da Sentença resultam evidentes. Inobstante, a fim de esclarecer qualquer dúvida que eventualmente possa existir a esse respeito, procederá a responder às

perguntas formuladas pelos representantes e a realizar a interpretação solicitada do dito ponto resolutivo e dos parágrafos considerativos correspondentes, nos termos do artigo 67 da Convenção Americana e do artigo 59 do Regulamento.

18. Em primeiro lugar, a Corte Interamericana recorda que em sua decisão de 06 de julho de 2009 encontrou violações aos direitos às garantias e à proteção judiciais reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, "em relação aos processos e procedimentos penais e administrativos" indicados nos parágrafos 204, 205 e 209 da Sentença[6]. Por conseguinte, no Capítulo XI da Decisão, correspondente às reparações, sob o título C)iii) *"Dever de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos"*, o Tribunal estabeleceu no parágrafo 247 a obrigação de investigar determinadas condutas, conclusão que se reflete na parte dispositiva da Sentença, em seu ponto resolutivo nono.

19. O ponto resolutivo nono da Sentença estabelece que o Estado "deve investigar os fatos que geraram as violações do [...] caso, nos termos do parágrafo 247 da [...] Sentença". Da sua leitura, depreende-se que o Tribunal considerou que o dever de investigar resultava uma medida de reparação pertinente apenas para aquelas violações declaradas pelo Tribunal na Sentença e identificadas no parágrafo 247 da Decisão.

20. A seu turno, o parágrafo 247 da Sentença resolve que:

> No presente caso, a Corte entendeu como comprovada a violação aos artigos 8 e 25 no concernente à investigação penal quanto à divulgação das conversas telefônicas, movida contra o ex-secretário de segurança (*supra* par. 204). Da mesma maneira, o Tribunal entendeu estar provado que o Estado não investigou a entrega e divulgação das fitas com as conversas gravadas a um meio de comunicação, nem estabeleceu as responsabilidades penais por esse fato (*supra* par. 205). No tocante à entrega e divulgação das fitas com as conversas gravadas, em conformidade com os critérios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal, o Estado deve investigar os fatos e atuar em consequência. Ademais, com relação às demais violações encontradas, a Corte considera que esta Sentença, sua publicação e a indenização por danos imateriais, são medidas suficientes de reparação.

21. Igualmente, da mera leitura desse parágrafo, depreendem-se claramente os fatos sobre os quais recai o dever de investigar do Estado. Em primeiro lugar, o parágrafo 247 da Sentença destaca expressamente as condutas que devem ser objeto de investigação e, se esta for sua consequência, da ação penal correspondente: a) "[a]

[6] Cf. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de julho de 2009. Série C Nº. 200, par. 214.

divulgação das conversas telefônicas [...] contra o ex-secretário de segurança", que consta na primeira oração do parágrafo; e b) "a entrega e divulgação das fitas com as conversas gravadas a um meio de comunicação", que aparece em sua segunda oração. Ademais, a fim de não deixar margem a qualquer eventual interpretação errônea, nesse mesmo parágrafo faz-se remissão explícita aos parágrafos 204[7] e 205[8] da Sentença, nos quais constam com clareza aqueles fatos, os quais devem ser investigados. Além dessas precisões, o mesmo parágrafo 247 esclarece de forma manifesta que "com relação às demais violações encontradas", as reparações que o Tribunal considerou pertinentes foram a emissão da própria Sentença, sua publicação e a indenização pelos danos imateriais. Ante o exposto, a Corte Interamericana considera que a mera interpretação literal do ponto resolutivo nono, lido em conjunto com o parágrafo aí indicado, permite determinar o conteúdo e o alcance do ponto resolutivo em comento e a consequente obrigação estatal.

V
PONTOS RESOLUTIVOS

22. Ante o exposto,

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

conforme o artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 29.3 e 59 do Regulamento,

DECIDE:

Por unanimidade,

1. Declarar admissível a demanda de interpretação da Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas no presente caso, interposta pelos representantes das vítimas nos termos do parágrafo 17 da presente Sentença de Interpretação.

---

[7] Cf. Caso Escher e outros Vs. Brasil, *supra* nota 6, par. 204:
204. O Tribunal já indicou que o ex-secretário de segurança, sem autorização judicial, expôs o áudio das gravações a outras pessoas e distribuiu fragmentos impressos das conversas, bem como poderia ter divulgado novas partes das gravações (*supra* pars. 95 e 156). Apesar das divergências entre as declarações do ex-secretário de segurança e dos três jornalistas convocados a prestar depoimento sobre o ocorrido na coletiva de imprensa, particularmente quanto à distribuição de trechos transcritos de algumas conversas interceptadas e à reprodução do áudio das gravações durante o mencionado evento, não se buscaram outras provas que pudessem esclarecer os fatos. Vinculado a isso, tampouco se solicitaram aos respectivos canais de televisão as fitas com as reportagens exibidas no Jornal Nacional nos dias 07 e 08 de junho de 1999, nem a gravação da coletiva de imprensa desse último dia. Assim, a Corte nota que a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concluiu que o ex-secretário não divulgou novos trechos da conversa telefônica, sem ter essa prova nem comparar o material exposto em ambas as divulgações.

[8] Cf. Caso Escher e outros Vs. Brasil, *supra* nota 6, par. 205:
205. Além disso, o Tribunal observa que o Estado não procedeu a outras diligências investigativas que pudessem determinar a responsabilidade pela primeira divulgação do material gravado, qual seja, a entrega das fitas ao canal de televisão. Apesar de o aduzido na sentença do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quanto aos indícios sobre a autoria da entrega das fitas gravadas à imprensa, cuja suspeita recaía particularmente sobre um policial militar, não foram realizadas diligências para esclarecer os fatos e, se fosse o caso, sancionar os responsáveis, a despeito do estabelecido no artigo 10 da Lei Nº. 9.296/96 e do fato de que o crime de quebra de segredo de justiça deveria ser investigado de ofício pelo Estado.

2. Determinar o sentido e o alcance do disposto na Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, nos termos dos parágrafos 18 a 21 da presente Sentença de Interpretação.

3. Requerer à Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos que notifique a presente Sentença de Interpretação ao Estado, aos representantes das vítimas e à Comissão Interamericana.

Redigida em espanhol, português e inglês, fazendo fé os textos em espanhol e em português, em São José, Costa Rica, em 20 de novembro de 2009.

DIEGO GARCÍA SAYÁN

Presidente em Exercício

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
MARGARETTE MAY MACAULAY

MANUEL VENTURA ROBLES
RHADYS ABREU BLONDET

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

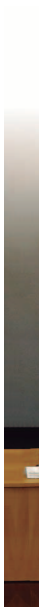
Presidente em Exercício

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Detalhe da imagem da capa

Noticiário



Toma posse o Procurador-Geral de Justiça

No dia 23 de janeiro de 2015, em solenidade realizada no auditório do edifício-sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira tomou posse no cargo de Procurador-Geral de Justiça, que ocupará durante o biênio 2015-2017. Participaram da cerimônia, o Governador do Estado, Ministros, Deputados Federais e Estaduais, Prefeitos, Secretários Municipais e Estaduais, Desembargadores, Comandantes Militares, integrantes da cúpula da Polícia Civil, Procuradores-Gerais de Justiça de vários estados e dirigentes classistas do Ministério Público, além de inúmeros Promotores e Procuradores de Justiça do *Parquet* fluminense.

A sessão solene foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça em exercício, Alexandre Araripe Marinho, logo após, o Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira foi conduzido à mesa diretora pelos Procuradores de Justiça e membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça Antonio Carlos Coelho dos Santos e Walberto Fernandes de Lima. Após a execução do Hino Nacional, Marfan Martins Vieira prestou o compromisso público necessário à investidura no cargo, ao que se seguiu a leitura do termo de posse pela Procuradora de Justiça e secretária do Órgão Especial Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos.

Uma vez empossado Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira assumiu a presidência dos trabalhos. Em seu primeiro pronunciamento no cargo, ele enalteceu a decisão do Governador Luiz Fernando Pezão em favor da democracia e do respeito à vontade majoritária da classe, ao nomear o candidato mais votado pelos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Afirmou, também, que enfrentará a questão da insuficiência da investigação criminal no Estado, problema que "*tem comprometido o exercício da mais tradicional e notória função do Ministério Público, que é a de promover a ação penal pública*". E complementou: "É óbvio que tal enfrentamento demanda uma atuação firme, efetiva e sinérgica do Ministério

Público, do Poder Judiciário e da Polícia Civil, que há de ser levada a efeito de forma interativa e com metas a serem alcançadas".

Na sequência, a palavra foi passada para o Governador Luiz Fernando Pezão, que destacou o trabalho desenvolvido pelo Poder Executivo em conjunto com o Ministério Público fluminense: "*Precisamos muito dessa parceria, para que possamos combater e vencer a criminalidade no Estado. Sem essa contribuição, não conseguiremos avançar e o Ministério Público tem sido um parceiro da primeira hora. Quero aqui reiterar nossos compromissos de continuar a levar justiça e liberdade a territórios conflagrados*".

A mesa diretora da solenidade foi presidida pelo Procurador de Justiça Alexandre Araripe Marinho e composta pelas seguintes autoridades: o Governador Luiz Fernando Pezão; o Vice-Governador Francisco Oswaldo Neves Dornelles; o Prefeito Eduardo Paes; o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, do Supremo Tribunal Federal; os Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Aurélio Bellizze Oliveira, do Superior Tribunal de Justiça; a Desembargadora Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; o Deputado Edson Albertassi, representando o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Deputado Paulo Melo; o Conselheiro Luiz Moreira Gomes Junior, do Conselho Nacional do Ministério Público; Eduardo Lima Veiga, Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União; Pedro Elias Erthal Sanglard, Corregedor-Geral do MPRJ; Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti, presidente da CONAMP; Jonas Lopes de Carvalho Júnior, Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; Bernardo Cabral, ex-Ministro de Estado, ex-Senador da República e ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; o Deputado Federal Fábio Ramalho, representando a

Câmara dos Deputados; José Augusto Simões Vagos, representando o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros; o Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Presidente eleito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; o General de Exército Francisco Carlos Modesto, Comandante Militar do Leste; André Luiz Machado de Castro, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro; Flávio Amaral Garcia, Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro em exercício; Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro; e Luciano Oliveira Mattos de Souza, Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2015, Marfan Martins Vieira assume seu quarto mandato à frente do *Parquet* fluminense, cargo que ocupara nos períodos de 2005-2007, 2007-2009 e 2013-2015.

Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro toma Posse para o Biênio 2015/2017

Em sessão solene, realizada no dia 6 de fevereiro de 2015, foram empossados oito membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, eleitos para o biênio 2015-2017. Três foram reconduzidos aos cargos que ocuparam no biênio 2013-2015 – Procuradores de Justiça Alexandre Viana Schott, Cláudio Henrique da Cruz Viana e Marlon Oberst Cordovil – e cinco renovam a composição do colegiado – Procuradores de Justiça Conceição Maria Tavares de Oliveira, Flávia Araujo Ferrer de Andrade, Ricardo Ribeiro Martins, Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel e Sumaya Therezinha Helayel. Para o cargo de secretária do Colegiado, foi escolhida a Procuradora de Justiça Sumaya Therezinha Helayel.

Os cinco novos integrantes do Conselho assumem as vagas anteriormente ocupadas pelos Procuradores de Justiça Rogério Carlos Scantamburlo, Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Cristina Medeiros da Fonseca, Anna Maria Di Masi e Alexandre Araripe Marinho.

Durante a solenidade, o Procurador de Justiça Alexandre Viana Schott discursou em nome dos conselheiros que encerravam seus mandatos, enquanto o decano, o Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins, falou em nome dos empossados.

Ao final, foi empossada no cargo de Promotora de Justiça substituta Paula Azambuja Martins, aprovada no XXXIII Concurso de ingresso na classe inicial da carreira.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABERTURA CONSTITUCIONAL
42

ABORTO
426-431, 435, 438

ABUSO DE DIREITO
64, 66, 68, 74, 83

AÇÃO
coletiva
41-43, 45, 48-49, 98, 132, 143, 290, 291
civis
49, 135, 182, 208-209, 220, 285, 482, 514, 526-527
legais
479
penal
30, 115, 135, 150, 162, 164-165, 168-169, 173, 176, 178-179, 280, 282, 288, 290-291, 346, 369, 380, 385, 412-414, 416, 418-419, 423-424, 479, 481, 486, 488, 494-495, 512, 527, 536, 543
rescisória
89, 93-94, 98, 143, 311-314, 442-454

ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO
426-427, 429-431

ADMINISTRAÇÃO
direta
27, 205
indireta
263, 305-307

AGENTE PÚBLICO
27-29, 31, 35, 205, 289, 302, 506-507

AGRESSOR
22-23

ANTECEDENTES CRIMINAIS
335, 342-343, 374

ASSISTENTE SIMPLES
123, 143-144, 155-156

ATIVIDADE PROBATÓRIA
161, 173, 178, 181, 183-184, 297

ATOS
de improbidade
27-28, 31-32, 214-215, 218-221, 369
ilegais
28, 521

AUTORREGULAÇÃO
21-23

BENEFÍCIO
28, 71, 85, 89, 253, 257, 279, 362, 525-526

BENJAMIN CONSTANT
19, 21, 25

BOA-FÉ OBJETIVA
64-69, 71, 83

BULLYING
22

CÁLCULO DO TRIBUTO
253, 257

CAPACIDADE
governamental
45-46, 51-52, 123, 125-128, 131, 140
processual
123, 140-141, 148, 154

CARGA SUBJETIVA
185

CARGOS
efetivos
261, 263, 305-307
públicos
23

CASAS LEGISLATIVAS
29

CASO
Escher
466, 471,531, 536, 537
SOPA
24

CELERIDADE PROCESSUAL
207, 209-211, 213-214, 351

CIDADÃO ATIVO
23

COMISSÃO INTERAMERICANA
467, 471-472, 481, 494, 509, 525, 532, 534, 538

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL
123, 140, 150-153

COMPLEXO TRIBUTÁRIO
244

COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO
63-64, 66-70, 72-77, 79, 81-84

COMUNIDADE
21-22, 25, 34, 38, 41, 48, 52, 56, 63, 143, 163, 182, 336, 396

CONCEITO DE JUSTIÇA
193-195

CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA
198

CONCURSOS PÚBLICOS
261-264, 268, 305-307

CONDUTA SOCIAL
336, 343, 355, 374

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES
123, 154

CONSTITUIÇÃO
23-24, 26, 28-32, 37- 42, 44, 47-53, 89, 103-104, 110-111, 113, 117-118, 124, 129, 135, 144-148, 150-152, 159, 163, 165, 169, 171-173, 178, 180, 182, 191-192, 204-207, 222, 233-235, 237-248, 255, 259-260, 264, 292, 298, 303, 306, 308, 326, 330-332, 342, 344, 346, 354, 364-366, 368-370, 372-373, 376-377, 379, 381, 393, 397, 399, 401, 407, 423, 426, 428, 431, 438, 482, 484-485, 488, 490, 497, 500, 505-507

CONSTRUTIVISTA
43, 47, 235

CONTRATAÇÃO
27-28, 127, 205

CRIMES DE RESPONSABILIDADE
27-32

CULTURALISTA
39, 42, 47

DANO AO ERÁRIO
204

DECISÃO JURISDICIONAL
139

DESIGNAÇÃO
27-28, 149, 205, 271-274, 276, 286, 288, 291-297, 516

DESIGUALDADE RACIAL
264, 306

DIREITO(S)
à vida privada
474, 482-483, 493, 527

brasileiro
29-30, 70, 91, 102, 123, 162, 165, 247, 426-427, 430, 434

natural
193, 196-198

civis
44, 340, 363, 368

humanos
183, 198, 244, 339-340, 363, 365-468, 471-472, 474-475, 481, 485-486, 490, 493-494, 499-502, 505-506, 509, 515-518, 522, 524, 531-532, 534, 537-538

políticos
204-206, 219, 312, 368

DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS
236

DISCRIMINAÇÃO
243, 305-309, 412, 474

DÍVIDA ATIVA
253-254, 260

DOUTRINA PENAL
358, 361, 380

EFICÁCIA
37, 39, 55, 61, 70, 76, 86-87, 89, 91-94, 98, 102, 116, 133, 142, 146-147, 157, 208, 216, 219-220, 234, 236, 240-242, 246, 256, 259, 279, 286, 292, 297, 371, 396-397, 401, 423, 448

ELEIÇÃO
27-28, 147, 205, 283, 548

ELEMENTOS
fáticos
421

probatórios
509-510

EMPREGOS PÚBLICOS
261, 263, 305-307, 310
ENUNCIADOS NORMATIVOS
58-59
ERÁRIO
27-28, 204-206, 218-220, 312-313
ESTABILIDADE
86, 91-92, 94
ESTABILIZAÇÃO
70, 85, 87- 93, 95-98, 100-102
ESTUPRO
21-22
EXTENSÃO DA EFICÁCIA
241
FATORES REAIS DE PODER
38-39
FIXAÇÃO DA PENA
337-338, 341, 348, 358, 360
FORÇA NORMATIVA
37-39, 53, 67, 146, 239, 360
FRAMING
43-44, 50
FUNÇÃO PÚBLICA
28, 30, 117, 206, 219, 221, 312, 387, 480-481, 507, 511
HABEAS CORPUS
78-79, 127, 138, 281-283, 338-339, 341-342, 376-378, 382, 384, 386, 424-425, 507
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
37, 40, 47, 238, 292
HOMEM VIRTUAL
19, 21, 24-25
IDENTIDADE
32, 46, 49-50, 52, 244, 300, 309, 483
IGUALDADE MATERIAL
305-307, 309-310
IMORALIDADE QUALIFICADA
204
IMPEACHMENT
28-29, 31
IMPEDIMENTO
116, 118, 127, 174, 178, 271-275, 277, 279-288, 291, 296-297
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
27, 32, 35, 203-212, 215-218, 220-222, 292, 301-302, 312, 317, 369
IMUNIDADE
35, 91-92, 94, 325, 329-330, 332, 335
INAUDITA ALTERA PARTE
87, 90
INCENTIVO
28, 97, 500
INDEPENDÊNCIA JUDICIAL
330-331
ÍNDIOS
261, 263, 305-307
INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA
30
INSTITUCIONALIZAÇÃO
44
INSTITUIÇÕES JURÍDICAS
38, 235
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
298, 301, 303, 473, 475-477, 479-480, 482, 485-486, 488-491, 495, 497, 502-503, 506, 509, 511-512, 515, 527, 532
INTERDEPENDÊNCIA
39
INTERDISCIPLINARIDADE
37
INTERESSE INSTITUCIONAL
156-158
INTERNAUTA
23
INTERVENÇÃO LEGISLATIVA
245, 403, 405-406
INVESTIDURA
27-28, 205, 267, 543
INVESTIGAÇÃO
37, 103, 118, 145-146, 159, 162, 167-170, 179-180, 183, 193, 213, 220, 233, 281-282, 288, 291, 298-299, 301-303, 390-391, 403, 408-409, 412-415, 422-424, 468, 478-480, 482, 484, 486, 488-490, 493-495, 497-498, 500-503, 505-506, 508-509, 511, 513, 521-524, 527, 532, 535-536, 543
JURISPRUDÊNCIA
30-31, 57, 59, 63-64, 66, 68-70, 74, 76-77, 81, 83, 103, 117, 119, 122, 125, 127, 129,

131, 134-135, 139, 142, 144-145, 147, 159, 247, 258-259, 281, 283, 300, 302, 316, 321, 323, 335, 338-339, 344-345, 350-352, 355, 357, 359, 361, 372, 399, 420, 427, 432, 450, 453, 457-458, 461-462, 465, 472, 494, 506-507, 517-519, 523, 534, 536

JUSTA CAUSA
212, 282, 323-326, 328, 414

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA
195

JUSTO
158-159, 193-198, 340, 410, 420

LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA
59-61

LEGITIMADO
123-127, 136-137, 143, 147, 155, 220, 285, 290

LEGITIMADO ORDINÁRIO
123, 125, 127, 143

LEI
de Improbidade
27, 31, 34, 205-207, 209, 211, 214-216, 218-219, 221-222
nº 8.429/1992
27-28, 32, 35

LIBERDADE
anárquica
25
de associação
472-473, 498-502, 504, 524, 527
de expressão
23-25
dos antigos
19-23, 25
dos modernos
19, 21, 23, 25
responsabilidade
83
virtual
19, 23, 25

MANDADO DE SEGURANÇA
48, 118, 124-125, 132, 136, 138, 147, 151-152, 156, 253-254, 257, 261-262, 268, 282, 323-326, 329, 333, 480-481, 486, 500, 505-507, 510-511, 514, 527

MANDATO
27-28, 30, 78, 205, 315-316, 325, 545

MAPEAMENTO BIDIMENSIONAL
45-46, 51

MECANICISMO
248

MÉTODO LÓGICO-SUBSUNTIVO
246

MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO
124, 129, 136, 138, 140, 278, 289

MOBILIZAÇÃO
38, 42, 48-49, 51-52, 61

MODELO TEÓRICO
43

MONOPÓLIO POLICIAL
23

MOVIMENTOS SOCIAIS
37-38, 40-45, 47-50, 52-53, 494, 499

MUTAÇÃO
41, 47, 193, 196-197
constitucional
41, 47

NÃO CULPABILIDADE
178, 335-338, 345, 348-349, 354, 358-359, 364-365

NASCITURO
148, 426-440

NEGROS
261, 263, 305-307

NEOCONSTITUCIONALISMO
66-67, 72, 84, 233-248, 279

NOMEAÇÃO
20, 27-28, 149, 205, 325, 328

NORMAS
de caráter simbólico
57
jurídicas
55-58, 309, 396, 397, 407
simbólicas
55, 59

NORMATIVIDADE
37-39, 41, 47, 72

NOVO CÓDIGO
55-59, 87, 93, 95-96, 100-102, 124, 450

OPORTUNIDADES POLÍTICAS
38, 42-46, 48-49

ORDEM CONSTITUCIONAL
28, 147, 247, 257, 260, 294, 339, 369, 379, 499

ORDENAMENTO JURÍDICO
34, 51, 64-65, 69, 72-73, 78, 83, 126-127, 144, 167, 174, 182, 203-204, 207, 246, 277, 339, 369, 380, 396, 415-416, 418, 426-427, 429-430, 432, 434, 436

brasileiro
127, 167, 203-204, 207, 415, 429

ÓRGÃO PÚBLICO
28, 156

OUTORGA UXÓRIA
77

PATRIMÔNIO PÚBLICO
27, 205

PEDIDO EXPRESSO
88

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
336, 354-355, 418, 419

PODER
coletivo
21

social
21

POSIÇÕES PROCESSUAIS
123, 143

PRAÇA PÚBLICA
19-20, 23-24

PRAZO MÁXIMO DA DILIGÊNCIA
488, 490

PRAZO RECURSAL
227, 457, 459-462

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA
342, 349, 376-384, 386, 389-393, 397, 399, 402, 408, 411, 413-416, 418-419, 421, 424

PRINCÍPIO
da proibição
63, 66-67, 69-70, 76, 82

da culpabilidade
395, 414

da dignidade
376-377, 391, 419

da individualização
337

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
155, 272, 296, 299, 302-303, 481, 508-509, 513, 523

PROCESSO
administrativo disciplinar
103, 107, 110-114, 116-119, 300-301, 323-328, 332

civil
55-56, 60, 87-88, 92-93, 95-96, 100-102, 123-124, 133-134, 143-144, 148-149, 174, 181, 206, 220, 229, 255, 265, 274, 280-281, 283, 311-312, 314-317, 442, 444-451, 454, 458

coletivo
43-44, 98, 125, 136, 143, 147, 154, 274, 288, 290

de interpretação
33, 40-41

judiciário
29

penal
79, 121, 124, 135, 143, 161-166, 168-170, 173, 175-176, 178-181, 186-187, 189-192, 245, 275, 277, 280, 282-283, 290, 292, 298-299, 347, 354, 356, 366-367, 369-410, 414, 461-462, 479, 488-489, 492, 505, 508, 520

PROPORCIONALIDADE
162, 177, 186, 195-196, 240, 245, 253, 255-256, 258-259, 299, 303, 307-308, 367, 370, 376-377, 380, 391-392 ,399-401, 403, 406-408, 419, 421

PROPOSIÇÕES NORMATIVAS
40

PROTEÇÃO JUDICIAL
472-473, 505-506, 510, 514, 521, 527

PROVA EMPRESTADA
271, 297, 299-303

PSEUDONOVIDADES NORMATIVAS
55, 57-58

PUNIÇÃO
22-23, 30, 103, 112, 115, 163, 166-167, 171-172, 409, 410

RAZOABILIDADE
72-73, 255-256, 259, 341, 399-400, 407-408, 423, 454

REALIDADE
33-34, 37-40, 47, 60, 125, 131, 138, 158-159, 166, 170, 176, 237, 240, 283, 289, 293, 307, 347, 356, 360, 372, 374, 392, 396-397, 408-409, 415, 448

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA
282, 355, 366, 376-380, 382, 384-390, 392-393, 397-398, 402-403, 406, 411-412, 422

RECLAMAÇÃO
31, 33-35, 91, 110-111, 113, 123, 138, 140-142, 323-325

REDE MUNDIAL
23-24

REDES SOCIAIS
23, 26, 43

REEXAME DE PROVAS
81, 82

REFORMAS POLÍTICAS
234, 240, 242

RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL
123, 143

REMESSA NECESSÁRIA
97

REMUNERAÇÃO
27, 205, 253, 258, 312, 366, 369

REPERTÓRIOS
contidos
51
diruptivos
51

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE
305, 306

RESERVA DE VAGAS
261-263, 268, 305-307

RESPONSABILIDADE
27-32, 34-35, 64, 76, 79-80, 83, 97, 112-113, 115, 135, 157-158, 166, 170, 178, 205, 265, 268, 303, 331, 340, 351, 372, 397, 409, 410, 414, 474, 481, 486, 490, 493, 506-509, 512-514, 516, 522-523, 532, 534-535, 537

RUPTURA
38, 42, 51-52, 75, 80, 246, 364

SANÇÃO ADMINISTRATIVA
103, 300

SEGURO OBRIGATÓRIO
426-427, 429-430, 433, 439-440

SISTEMA(S)
acusatório
161-162, 167-170, 173, 175-176, 180, 182-183, 186-187
inquisitivo
162, 166-167, 170, 173, 175-176, 179
processuais
161, 166

SOCIEDADE ABERTA
37, 40, 53

SOLIDARIEDADE
43, 49-50, 67, 69

SUBVENÇÃO
28, 417

SUJEIÇÃO
27, 32, 357, 360, 367

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
63, 76, 78-81, 118, 126, 128-131, 135-136, 139, 144-146, 157, 173, 185, 187, 299, 312-313, 315-316, 336, 341, 347, 351-352, 355, 361, 373, 427, 429, 444-445, 450, 452, 454, 457, 507, 544

SUPER UTILIZAÇÃO
63-67, 76, 82

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
28-31, 35, 117, 125-126, 129-130, 139-140, 142, 150, 164, 173, 181, 187, 255-

256, 258-259, 280, 283-285, 302-303, 315, 323-324, 335, 345, 347, 355, 366, 368, 370, 374, 378, 384-388, 449, 451, 544

SUPRESSIO
71, 77, 83

SUSPEIÇÃO
78, 79, 172-275, 277, 279-286, 288, 291, 296-297, 325

SUSPENSÃO DO PROCESSO
123, 154-155, 381

SUSTENTAÇÃO ORAL
123, 128-129, 132, 135, 140-141, 324-425, 455

TAXA JUDICIÁRIA
253-259

TEORIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS
38, 41-42, 47

TRIBUNAIS SUPERIORES
66, 122-123, 128, 139, 140, 247

TUTELA
antecipada
85-89, 92-93, 96, 98-99
cautelar
85, 99-100
provisória
85, 87-91, 93-94, 96, 98, 100
satisfativa
88, 99-100

VACÂNCIA
55-56, 274, 286

VACATIO LEGIS
55, 57

VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM
63-64, 66-70, 72-84

VIDA INTRAUTERINA
426-428, 430-431, 435, 438

VÍNCULO JURÍDICO-FUNCIONAL
30

VIRTUDE
47, 133, 134, 146, 159, 193-195, 198, 211, 238, 248, 299, 312, 355, 367, 382, 432, 476-477, 486, 492, 499-500, 510, 515, 518, 520-521, 525, 535